Über den rechtlichen Charakter und die Tragweite des Art. 201 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät

der

Universität Bern

vorgelegt von

Lic. jur. F. X. Thürig
von Malters

Willisau / Buchdruckerei Willisauer Volksblatt A.-G.
1928

Über den rechtlichen Charakter und die Tragweite des Art. 201 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät

der

Universität Bern

vorgelegt von

Lic. jur. Franz Xaver Thürig
von Malters

Willisau / Buchdruckerei Willisauer Volksblatt A.-G.
1928

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNIV
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung 1

1. Der Begriff der Aussonderung 1
2. Umschreibung des Themas 5

I. Kapitel.

Rechtsvergleichende Darstellung der Entwicklung der Aussonderung von Wertpapieren, die zu Inkasso- oder Sicherungszwecken übergeben wurden . . . 7

§ 1. Die Entwicklung im französischen Rechte. 7
§ 2. Die französische Norm im italienischen Rechte. 9
§ 3. Die Aufnahme der Bestimmung ins preussische Konkursrecht. . . . 11
§ 4. Die Rezeption der Norm in den schweizerischen kantonalen Rechten. . 12
§ 5. Der Einfluss der französischen Norm auf das Konkursrecht des deutschen Reiches. 13
§ 6. Die Aufnahme der französischen Norm in die schweizerischen Gesetzesentwürfe und in das schwezierische Recht bei der Schaffung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes 15
I. Die Norm im Munzingerschen Entwurf zu einem schweizerischen Handelsrechte. 15
II. Die französische Norm im Entwurfe eines Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes von Andreas Heusler. 16
III. Die Beratung der Bestimmung über die Wertpapieraussonderung im Parlamente, speziell im Ständerate, und die endgültige Stellung und Redaktion der Norm. 17
§ 7. Die Kommentation des Art. 201 SCHKG hinsichtlich seines rechtlichen Charakters. 21
I. Die Deutung des Artikels als eine materiell-rechtliche Norm. . . 20
II. Die Kommentation des Art. 201 SCHKG als eine lex specialis oder konkursrechtliche Bestimmung, die Aussonderung von fiduziarisch tradierten Wertpapieren gestattend. 20
§ 8. Die Abhängigkeit des Art. 201 SCHKG, interpretiert als lex specialis, von der Konstruktion der Fiduzia, von der Aussonderungsmöglichkeit der fiduziarisch übertragenen Werte im allgemeinen und endlich von der Bedeutung der Fiduzia im Wertpapierrecht. 23

II. Kapitel.

Die Fiduzia im allgemeinen und im Wertpapierrecht . . . 25

§ 1. Die wirtschaftliche Grundlage der Fiduzia. 25
§ 2. Die verschiedenen juristischen Konstruktionen der Fiduzia. 26
I. Die Fiduzia im römischen Rechte. 27
II. Die Treuhand im germanischen Rechte. 27
III. Das englische Treuhandrecht. 28

Seite

IV. Der «prête-nome» im französischen Recht 29
V. Die Auffassungen in der deutschen Doktrin und Praxis. . . . 29
VI. Die Ansichten in der schweizerischen Literatur und Praxis. . . . 31
§ 3. Die fiduziarische Uebertragung von Wertpapieren im besonderen nach den verschiedenen Theorien. 32
I. Die Theorie von der Duplizität des Eigentums. 32
II. Die resolutiv bedingte Vollrechtsübergabe. 33
III. Der Fiduziar als Nichteigentümer in eigenem Namen dinglich verfügungsberechtigt. 34
IV. Die Vollrechtsübergabe mit bloss persönlicher Rückforderungsmöglichkeit. 35

III. Kapitel.

Die Aussonderung von fiduziarisch übertragenen Werten . . 36

§ 1. Die Frage der Aussonderung bei der Fiduzia mit Konstruktionen, die von der herrschenden Doktrin abgelehnt werden. 36
I. Bei der Fiduzia als doppeltem Eigentum. 36
II. Die Aussonderungsmöglichkeit bei der Fiduzia als dingliche Verfügungsmacht ohne dingliches Recht oder als beschränktes dingliches Recht des Fiduziars. 37
III. Die Aussonderung von Treuhandgut, das dem Fiduziar resolutiv bedingt übergeben wurde. 37
§ 2. Die Aussonderung bei der Fiduzia, wie sie von der herrschenden Lehrmeinung aufgefasst wird. 38
I. Nach deutscher Doktrin und Praxis, wonach die Aussonderung zulässig ist. 38
II. Nach österreichischer Praxis und Doktrin, wonach die Aussonderung ebenfalls gestattet wird. 41
III. Der Einfluss des englischen Rechtes. 42
IV. Nach der schweizerischen Literatur und Praxis, wo die Aussonderung von Treugut nicht gestattet wird. 44
1. Geschichtliches. 44
2. Geltendes Recht. 45

IV. Kapitel.

Die Ueberspannung der Fiduzia im Wertpapierrechte . . . 47

§ 1. Die Bevorzugung der Vollindossierung vor dem Verpfändungs- und Prokuravermerk und deren Gründe. 48
§ 2. Der Gebrauch des Vollindossamentes bei Verpfändungen und Inkassoaufträgen in einer neuen weiteren Bedeutung und die Berücksichtigung dieser Erscheinung im positiven Rechte. 49
§ 3. Die Legitimation bei den Inhaberpapieren durch den blossen Besitz und die weitgehende Beschränkung der Einreden des Schuldners aus dem Inhaberpapier. 54
§ 4. Der Kridar, in dem an ihn zur Deckung übergebenen Ordrepapier als Remittent bezeichnet. 55
§ 5. Zusammenfassung der Ursachen, welche zur Ueberschätzung der Fiduzia im Wertpapierrechte führten. 59

Schlußfolgerungen 60

Literatur

Aeby Piere, l'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse, in Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 31 neue Folge.

v. Arx Adrien, das Prokuraindossament nach Art. 17 der allgemeinen Wechselordnung. Diss. Leipzig 1904.

Bachmann, Zeller etc., das schweizerische Obligationenrecht, Titel 23 bis zum Schluss, Zürich 1915.

Bartsch und Pollack, Konkursordnung und Ausgleichsordnung, I. Band, Wien 1916.

Bernstein, allgemeine deutsche und österreichische Wechselordnung, Breslau 1898.

Blumenstein E., Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

v. Canstein, Lehrbuch des Wechselrechtes, Berlin 1890.

du Castel R., Traité théorique et pratique de la faillite, Paris 1914.

Cuizzeri Emanuele, nel commento del codice di commercio it. da Boleffio e Vivante, volume VIII del fallimento, terza edizione, Torino 1911.

Dernburg, Pandekten, Bd. I, 2. Auflage, Berlin 1888.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechtes, Bd. II, 5. Aufl., Halle 1897.

Eisenlohr Th. E., über die rechtliche Natur des Verfolgungsrechtes, Hamburg 1867.

Förster und Kar, die Zivilprozessordnung, Bd. I, Berlin 1913.

Fuss Richard, die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, Dissert., Kiel 1900.

Gerstle Leo, das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Rechte, Dissert., Bern 1917.

Gierke, deutsches Privatrecht, Bd. II, Leipzig 1915.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes, Erlangen 1868.

Goltdammer, Kommentar zur preussischen Konkursordnung, 2. Ausgabe, Berlin 1858.

Goltz Fritz, das fiduziarische Rechtsgeschäft, Diss., Rostock, 1901.

Grivet, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite et la faillite, Lausanne 1892.

Grogg, Rennefahrt, Steffen, Rechtskunde für Kaufleute, Bern 1915.

Güterbock, der Konkurs nach englischem Recht, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht von Goldschmidt, II. Jahrgang, 1859.

Hafner H., das schweizerische Obligationenrecht mit Ergänzungen und Sachregister, Lausanne-Zürich 1905.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Bd. I, Leipzig 1903.

Heusler Andreas, Institutionen des deutschen Privatrechtes, Bd. I, Leipzig 1885.

Heymann Ernst, Ueberblick über das englische Privatrecht, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler, Bd. II, Berlin-Leipzig 1914.

Heymann, Versuch einer neuen Konstruktion des Sicherungsgeschäftes und anderer fiduziarischer Geschäfte, in der deutschen Juristenzeitg., Bd. 17, 1912.

v. Hospenthal Konrad, die Wirkungen des Indossamentes, Diss., Bern 1925.

Huber Eugen, zum schweizerischen Sachenrecht, drei Vorträge, Bern 1914.
Jacobi, die Wertpapiere, in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechtes, IV. Bd., Leipzig 1917.
Jaeger C., das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Zürich 1911, 2 Bände.
Jäger E., Kommentar zur deutschen Konkursordnung, Bd. II, Berlin 1916.
Koch C. F., Kommentar zur preussischen Konkursordnung, 2. Aufl., Berlin 1867.
Kohler J., Lehrbuch des Konkursrechtes, Stuttgart 1891.
dito Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes von Jhering, 16. Bd. oder neue Folge 4. Bd.
Leemann, Kommentar zum schweizerischen Sachenrecht, I. Abt. (Art. 641—729) 2. Auflage, Bern 1920.
Lyon-Caen et Renault, Précis du droit commercial, Paris 1885.
Martin Alfred, Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1908.
Munzinger, Motive zum Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes, Bern 1865.
Oppenheimer Arthur, die fiduziarische Eigentumsübertragung, Diss., Marburg, 1903/04.
Rambert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne-Paris 1893.
Reichel, das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, für den praktischen Gebrauch erläutert von Weber, Brüstlein und v. Salis, Zürich 1901.
Regelsberger, Pandekten, Bd. I., Berlin 1893.
dito zwei Beiträge zur Lehre von der Zession, im Archiv für die zivilistische Praxis, 63. Bd. oder neue Folge 13. Bd.
Reymond Jean, Contribution à l'étude de la revendication en matière de faillite, Diss., Lausanne 1918.
Rintelen, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechtes, München 1915.
Rossel Virgil, manuel du droit civil suisse, Tome 3, Genf 1911.
v. Sarwey, die Konkursordnung für das deutsche Reich, Berlin 1896.
dito die deutsche Konkursordnung, in Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht von Goldschmidt, Bd. 23.
Schlatter Friedrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Brugg 1893.
Schultze Alfred, der Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte, Jena 1901.
dito über dasselbe Thema, in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes, 43. Bd., oder 7. Bd. 2. Folge.
Segesser Anton Philipp, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, II. Bd., Luzern 1852.
Seuffert Lothar, das deutsche Konkursprozessrecht, Leipzig 1899.
Sieburg Felix, das Aussonderungsrecht, Diss., Breslau 1906.
Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechtes, Leipzig 1911.
Sydow und Busch, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz, Berlin 1916.
Staub, Kommentar zur deutschen Wechselordnung, Berlin 1901.
dito Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin-Leipzig 1921, Bd. II.
Staub und Stranz, Kommentar zur deutschen Wechselordnung, Berlin-Leipzig 1921.
Stauffacher W., zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte, Dissert., Leipzig 1909.
Töndury Friedrich, Paravicini, die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung, Diss., Neuenburg 1912.
v. Tuhr, der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechtes, Berlin 1918, Bd. II.
dito allgemeiner Teil des schweizerischen OR, II. Halbband, Tübingen 1925.
Völderndorff, die Konkursordnung für das deutsche Reich, Erlangen 1879.

Weber und Brüstlein, das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs für den praktischen Gebrauch erläutert, Zürich 1890.
Wentzel und Klose, die preussische Konkursordnung, Berlin 1855.
Werthauer, der fiduziarische Indossatar und die Einrede des dolus im deutschen Wechselrecht, in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 13, 1886.
Wibaux Alphonse, de la revendication en matière de faillite, thèse. Roubaix 1896.
Wieland Alfred, Indossament und Zession bei der Verpfändung von Ordrepapieren, in Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 25, neue Folge.
dito Kommentar zum Sachenrecht, Zürich 1909.
Wiesing Hermann, das Aussonderungsrecht im Konkurs, Diss. Jena 1910/11.
Williams Sidney Eward, Godefroi on the law of trusts and trustees. fourth edition, London 1915.
Wolff, die Einreden im Wechselverfahren, in Siebenhaars Archiv, Bd. 16, 1866.
v. Wyss Friedrich, Geschichte des Konkursprozesses der Stadt und der Landschaft Zürich bis zum Jahre 1715, Zürich 1845.

Gesetzessammlungen, Gesetzesentwürfe und -beratungen, Sammlung von Gerichtsentscheiden.

Bundesblatt, speziell Jahrgang 1886.
Sammlung der Luzerner Zivil- und Zivilprozessgesetze, II. Büchlein, Luzern 1883, von Bosshard und Weibel.
Ratschlag und Gesetzesentwürfe betreffend revidierte Bestimmungen über Kollokationsordnung etc., dem Basler Grossen Rate vorgelegt im Juni 1850.
Protokoll der ständerätlichen Kommission betreffend Verhandlungen über den Bundesgesetzentwurf eines Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes. (Entwurf vom 23. Februar 1886.)
Bericht der ständerätlichen Kommission zum Gesetzesentwurfe betr. Schuldbetreibung und Konkurs vom 13. November 1886.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten deutschen Gerichtshöfe.
Offizielle Sammlung der Bundesgerichtsentscheide.
Jourdan, Deerusy et Jsambert, Recueil général des anciennes lois françaises, Tome XIX.
Heusler Andreas, Entwurf eines Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes mit Motiven, Bern 1874.

Einleitung

Zur Präzisierung des Themas wird Gewicht darauf gelegt, vor allem den Rechtsbegriff der Aussonderung zu erläutern und zu definieren. Nachher wird eine kurze Umschreibung des zu behandelnden Stoffes gegeben werden.

I. Der Begriff der Aussonderung.

Der Begriff der Aussonderung ist ein konkursrechtlicher. Die Aussonderung beruht auf einer Rechtsidee, welche sich in den meisten Konkursgesetzgebungen unseres Kontinentes fast gleichartig entwickelt hat. Es kann hier genügen, wenn wir den Begriff an Hand des schweizerischen positiven Rechtes erläutern:

In Art. 197 SCHKG ist der Grundsatz aufgestellt, dass sämtliche Vermögensstücke, welche dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehören, oder ihm bis zum Schlusse des Konkursverfahrens anfallen, dem Beschlagsrechte der Gläubiger unterliegen. Per argumentum e contrario folgt daraus, dass Vermögenswerte, welche dem Kridar zu dieser Zeit nicht gehören, auch nicht in die Konkursmasse einzubeziehen sind.[1]) Da nun aber eine ungerechtfertigte Admassierung tatsächlich vorkommen kann, muss der gefährdete Eigentümer oder Berechtigte notwendigerweise mit solchem Rechtsschutze ausgerüstet sein, dass er den vom Rechte nicht gewollten Beschlag aufzuheben imstande ist. Diesen Schutz gibt das Institut der Aussonderung. Die rechtliche Voraussetzung der Aussonderung ist also der Beschlag, d. h. die Besitzergreifung fremder, dem Gemeinschuldner nicht gehörender Gegenstände durch die Konkursverwaltung zum Zwecke der Admassierung resp. zur Verwertung zu Gunsten der Gläubiger.[2]) Nur dann, wenn die Konkursverwaltung über fremde Vermögenswerte die tatsächliche Verfügungsgewalt hat, ist demnach die Aussonderung gegeben. Das

1) Vergl. Blumenstein, Handbuch des Schuldbetreibungsrechtes, pg. 653.

2) Der Konkurs involviert einerseits die Einstellung des Gemeinschuldners in der vermögensrechtlichen Dispositionsfähigkeit (Art. 204 SCHKG) anderseits die Berechtigung der Konkursverwaltung, das Vermögen des Kridars in Besitz und Verwaltung zu nehmen (Art. 223 SCHKG). Sachen, die sich beim Kridar befinden, können von der Verwaltung ohne weiteres in Besitz genommen werden. Vermögen des Gemeinschuldners in Dritthand kann bei Opposition des Dritten von der Verwaltung nur auf dem ordentlichen Rechtswege admassiert werden. Der Konkursbeschlag ist wohl zu unterscheiden vom Pfändungsbeschlag (Art. 109 SCHKG), dieser letztere kann unmittelbar auch auf das Vermögen des Schuldners in Dritthand wirken.

schweizerische Recht kennt daher richtigerweise nur eine Aussonderung von Sachen, welche sich im Besitze der Konkursverwaltung befinden. Art. 242 SCHKG. Gegen die Admassierung und Verwertung einer Forderung kann sich der Berechtigte vermittelst Wahrung seiner Rechte gegenüber dem Schuldner schützen.[3]) Das deutsche Konkursrecht hingegen geht in dieser Richtung weiter als das schweizerische und gestattet die Aussonderung von Sachen und Rechten (§ 43 DKO); ebenso das österreichische Konkursrecht (OEKO § 3). § 43 DKO z. B. spricht allgemein von einer Aussonderung von Gegenständen, welcher Ausdruck nach deutscher Doktrin Sachen und Rechte umfasst.[4])

Da es sich bei der Aussonderung um die Frage handelt, ob ein Vermögenswert einem Dritten und nicht dem Kridar gehöre, könnte prozessual eine Feststellungsklage des Drittansprechers gegen die Konkursmasse genügen. Bei einem Obsiegen des Drittansprechers wäre dieser in der Lage, die Herausgabe der Sache auf administrativem Wege zu erwirken. Die positiven Konkursrechte geben dem Dritten jedoch durchwegs die Leistungsklage. Dieser kann auf Herausgabe der Sache klagen. Art. 242 SCHKG. Diese Leistungsklage wird gemeinhin als eine Vindikationsklage aufgefasst.[5]) Der Aussonderungskläger muss aber gar nicht Eigentümer der Sache sein. Es ist ohne weiteres einzusehen, dass der Kläger auf Grund eines Vertrages, z. B. eines Hinterlegungsvertrages, nachweisen kann, dass die Sache nicht dem Gemeinschuldner gehört. Damit kann der Kläger erreichen, dass der Konkursbeschlag wegfallen muss; die blosse Feststellung des besseren Rechtes muss logischerweise genügen; ohne Zweifel kann der Kläger, auch wenn er sich bloss auf einen schuldrechtlichen Vertrag (z. B. auf den Hinterlegungsvertrag) stützt, die Herausgabe der Sache verlangen.

---

3) Art. 202 SCHKG gibt ausnahmsweise das Recht zur Aussonderung einer Forderung. Mit BGE 39 I 18 und seither in konstanter Praxis lässt das Bundesgericht auch eine Aussonderung von Forderungen zu, und zwar von solchen, welche sich im «Gewahrsam» des Gemeinschuldners befinden. Das Bundesgericht hält nämlich eine analoge Anwendung von Art. 106 und 109 SCHKG für das Aussonderungsrecht für möglich. Dies ist meines Erachtens unrichtig. Ein dem Pfändungsbeschlag ähnlich wirkender Konkursbeschlag fehlt. Im Streite um die Zugehörigkeit einer gepfändeten Forderung mag der Beamte nach gewissen Gesichtspunkten die eine Partei zur Klage verhalten unter Androhung der Verwirkung. Im Konkurse jedoch geht so etwas nicht an. Es fehlt jeder gesetzliche Anhaltspunkt dazu. So auch Blumenstein, Handbuch des Schuldbetreibungsrechtes, pg. 765. Anderer Ansicht: C. Jaeger, Kommentar zum SCHKG, Bd. I Art. 242, Note 3.

4) E. Jäger, Kommentar zur DKO, § 43, pg. 653 Anmerkung 3. Nach E. Jäger können z. B. ausgesondert werden: Forderungsrechte, begrenzte dingliche Rechte, Patent- und Lizenzrechte etc.

5) So auch C. Jaeger, Kommentar zum SCHKG, II. Bd., Art. 242, Note 6. Siehe auch Note 3 D eodem, darnach ist auch eine persönliche Klage möglich. Auf jeden Fall fasst C. Jaeger die Klagen aus Art. 242 SCHKG als materiellrechtliche Klagen auf.

Die Klagen aus Art. 242 SCHKG haben also folgende Typizität gemeinsam: Mit ihnen verlangt man vor allem die Feststellung, dass bestimmte Sachen dem Kridar nicht zu Eigentum gehören und dass deshalb der Konkursbeschlag über dieselben wegfalle.[6]) Mit den Klagen aus Art. 242 SCHKG kann zugleich die Herausgabe dieser Sachen verlangt werden.

Zur Feststellung des besseren Rechtes des Drittansprechers muss sich dieser in logischer Folge auf das materielle Recht stützen.[7]) Es gibt nun aber einzelne Aussonderungsansprüche, welche nicht im materiellen Rechte, in der Tatsache, dass der Kridar nicht Eigentümer der Sache ist, ihren Grund haben, sondern auf einem besonderen, im Konkursrechte normierten Tatbestande beruhen. Es sind das die konkursrechtlichen Aussonderungsgründe, welche mit etwelchen Abweichungen in den meisten kontinentalen Konkursrechten zu finden sind. Im schweizerischen Rechte sind es nach herrschender Auffassung die Fälle: — einmal der fiduziarischen Uebergabe von Inhaber- und Ordrepapieren zu Inkasso- oder zu Sicherungszwecken, dann der Veräusserung von fremden Sachen durch den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung und endlich des nach Konkurseröffnung erfolgenden Eintreffens von Waren, geliefert von einem Versendungsverkäufer ... welche spezielle Aussonderungsrechte involvieren. Art. 201, 202 und 203 SCHKG. Nach Art. 201 können die noch vorfindlichen Wertpapiere ausgesondert werden. Nach Art. 202 besteht ein Aussonderungsrecht bezüglich der durch die Veräusserung der fremden Sache entstandenen Forderung des Kridars und hinsichtlich der Summe, die nach der Konkurseröffnung für die veräusserte Sache an die Konkursmasse bezahlt worden ist. Gemäss Art. 203 ist der Versendungsverkäufer berechtigt, die Ware, die erst nach Konkurseröffnung beim Gemeinschuldner eingetroffen ist, zurückzunehmen.[8])

6) Art. 242 SCHKG spricht von einem «Ansprechen des Eigentums» und von einer «Herausgabe von Sachen», gibt also über die Feststellungsklage hinaus die Leistungsklage.

7) Die Frage, ob die Aussonderung nach Art. 242 SCHKG eine rein konkursrechtliche Inzidenz ist oder hinsichtlich des Streites über die Zugehörigkeit des Eigentums res judicata schaffe, ist umstritten. C. Jaeger, Komm. zum SCHKG, Art. 242 Note 6, ist für res judicata. Blumenstein, Handbuch für Schuldbetreibungsrecht pg. 763, verneint dies. In der Tat scheint mir die Deutung C. Jaegers, es liege hier eine Vindikation oder wenigstens eine materiellrechtliche Klage vor, unrichtig zu sein. Das öffentlichrechtliche Fundament der Aussonderungsklage und die Auswirkung derselben weisen darauf hin, dass wir es hier mit einer besonderen Klage zu tun haben (vergl. unten Fussnote 12). Die Annahme, dass die Konkursverwaltung oder die Gläubiger im Aussonderungsstreite quasi als Vertreter des Kridars auftreten, entbehrt der inneren Begründung. Verwaltung und Gläubiger haben ihre eigenen Interessensphären. Es ist daher nicht einzusehen, warum der Kridar nach Widerruf des Konkurses nicht gegen den im Aussonderungsstreit zu Unrecht beschützten Drittansprecher vorgehen könnte.

8) Dieses spezielle Recht ist bekannt unter den Namen: droit de suite, Verfolgungsrecht, right of stoppage.

Es ist zu beachten, dass die drei genannten Gesetzesbestimmungen entweder die «Rückgabe» oder die «Herausgabe» der Sachen — bei Art. 202 die Abtretung der Forderung — vorsehen. Nun herrscht gerade hinsichtlich der konkursrechtlichen Aussonderungsansprüche ein lebhafter Meinungsstreit über die Frage, ob diese Aussonderungsansprüche dinglicher oder persönlicher Natur seien. Kohler [9]) nennt diese Ansprüche «vindicationes utiles», zu solchen actiones seien die persönlichen Ansprüche, welche gemäss den speziellen Tatbeständen eigentlich nur Konkursforderungen sein könnten, verstärkt worden. Goldschmidt [10]) ist besonders hinsichtlich des Verfolgungsrechtes der Ansicht, dass eine reszissorische actio publiciana vorliege, welche actio eine Art restitutio in integrum bewirke und so einen rückwirkenden Rückfall des Eigentums an der Versendungsware zur Folge habe. Dieser spezielle Aussonderungsanspruch wäre also ein dinglicher.[11])

Meines Erachtens ist die Frage nach der persönlichen oder dinglichen Natur nicht nur der konkursrechtlichen, sondern der Aussonderungsansprüche überhaupt gänzlich verfehlt. Das gesamte Aussonderungsrecht hat seinen Grund in Bestimmungen des Konkursrechtes, also eines öffentlichen Rechtes; es ist gerichtet gegen die Konkursmasse, demnach gegen ein Organ, das dem öffentlichen Rechte unterstellt ist. Es ist überdies öffentliche Pflicht der Konkursverwaltung, die Gegenstände, welche nicht zum Konkurssubstrat gehören, auf Verlangen des Berechtigten in natura herauszugeben.[12]) Die Aussonderung ist ein öffentlichrechtlicher Rechtsschutz gegenüber dem öffentlichrechtlichen Konkursbeschlage.

---

9) Lehrbuch des Konkursrechtes, Stuttgart 1891, pg. 179.

10) Handbuch des Handelsrechtes, Erlangen 1868, Bd. I, pg. 869.

11) Gerade der Charakter des Verfolgungsrechtes hat die verschiedensten Deutungen gefunden. Vergl. die interessante Arbeit von Theodor Eduard Eisenlohr: Ueber die rechtliche Natur des Verfolgungsrechtes, Hamburg 1867. Eisenlohr führt an, dass Straccha, ein italienischer Praktiker in seinem Werke: de decoctoribus, pars III, no 31, Amsterdam 1669, das Verfolgungsrecht als ein dingliches erklärt. Straccha stützt sich dabei auf das römische Recht, speziell auf L 19 Dig. d. contr. emt. (18,1), wonach beim Kaufe das Eigentum erst übergehe, wenn entweder die Sache bar bezahlt oder der Kaufpreis kreditiert worden sei. Bei einem Kaufe unmittelbar vor dem Konkurse könne ein Kreditkauf nur durch doloses Verhalten des Gemeinschuldners zu Stande gekommen sein. Das Eigentum an der gekauften Sache sei daher nicht übergegangen. Wiesing, das Aussonderungsrecht im Konkurs, pg. 60, glaubt, es liege eine gesetzliche Fiktion vor, wonach bei solchem Tatbestande das Eigentum eo ipso zurückfalle. E. Jäger, Komm. zur DKO, § 44 pg. 691 stützt das Verfolgungsrecht auf ein ausnahmsweise gegebenes Rücktrittsrecht, das nach deutschem Recht (§§ 346 ff in Verbindung mit § 327 BGB) nur ein schuldrechtliches Rückforderungsrecht zur Folge habe, welchem aber Aussonderungskraft verliehen sei

12) So BGE 43 III No. 38 pg. 190 Erwägung 2, vergl. auch Sydow und Busch, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz, Berlin 1916, pg. 178. Beidenorts wird die Ansicht bestätigt, dass die Vorschriften über das Aussonderungsrecht öffentlichrechtlicher Natur sind. Der Aussonderungskläger kann zu Recht auf

Wir kommen daher zu folgender Begriffsbestimmung der Aussonderung resp. des Aussonderungsrechtes: dieses vermittelt den besonderen, öffentlichrechtlichen Anspruch Dritter gegenüber der Konkursmasse, bestimmte, dem Kridar nicht gehörende oder durch Spezialvorschrift bezeichnete Gegenstände (Sachen, nach Art. 202 SCHKG ausnahmsweise Rechte) vom Konkursbeschlage zu befreien, wobei überdies die reale Herausgabe resp. Uebertragung derselben verlangt werden kann.

II. Umschreibung des Themas.

Art. 201 SCHKG normiert einen speziellen Aussonderungsfall. Er gestattet die Rückforderung von Inhaber- und Ordrepapieren, welche dem Kridar zu einem ganz bestimmten Zwecke, nämlich zum Inkasso oder dann als Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung übergeben wurden. Der Artikel hat eine interessante Entwicklung hinter sich. Dessen Tatbestand findet sich gleichartig in mehreren europäischen Konkursrechten vor. Alle Partikel desselben sind von der Rechtswissenschaft eingehend und kritisch auf deren rechtlichen Tragweite hin untersucht worden. Die wissenschaftliche Kritik hat sogar vor der Frage der Existenzberechtigung der Norm nicht Halt gemacht. Im deutschen und österreichischen Rechte fehlt denn auch eine entsprechende Normierung gänzlich. Nach der deutschen und österreichischen Doktrin nämlich bewirkt das Vorliegen des konkreten Sachverhaltes je nach den Parteiintentionen entweder eine Aussonderungsmöglichkeit schon nach dem materiellen Rechte oder dann eine solche nach dem generellen, ungeschriebenen Rechtssatze des geltenden Konkursrechtes, wonach allgemein fiduziarisch tradierte Werte im Konkurse des Empfängers ausgesondert werden können. Auch nach dem französischen Rechte ist die Daseinsberechtigung des Artikels zum mindesten problematisch. Die herrschende schweizerische Doktrin jedoch sieht im Art. 201 SCHKG den Tatbestand eines besonderen, konkursrechtlchen Aussonderungsgrundes, eine lex specialis, welche keineswegs aus dem gemeinen oder materiellen Rechte deduziert werden kann.

---

einer realen Herausgabe der ihm gehörenden Sachen insistieren. Der bösgläubige Dritte, welcher konkursbeschlagsfreie Sachen von der Konkursverwaltung erwirbt, tut dies widerrechtlich (Art. 20 OR). Es widerstrebt, anzunehmen, dass die Konkursverwaltung die herausgeforderte Sache nach Belieben veräussern könne. Der Aussonderungsberechtigte hätte dann bloss einen Masseanspruch, mit welchem dem Ansprecher in der Regel nicht gedient sein kann.

Bezüglich der öffentlichrechtlichen Stellung des Konkursbeamten oder der Konkursverwaltung gegenüber Gläubiger und Schuldner vergl. Blumenstein, Handbuch des Schuldbetreibungsrechtes, pg. 41 und 42, ferner E. Jäger, Komm. zur DKO § 43, pg. 681, Anm. 1.

Schon die kurz angedeuteten Probleme führen uns auf den Weg, der in der Behandlung des Stoffes einzuschlagen ist: vor allem auf die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Norm. (Dies geschieht im I. Kapitel.) Dabei können wir ohne rechtsvergleichendes Studium der Materie nicht auskommen. Wir haben bei der Durchsicht der umfangreichen Literatur über die konkrete Norm der Wertpapieraussonderung die Beobachtung machen können, dass der Mangel der Rechtsvergleichung einer einseitig orientierten Interpretationsarbeit allzu leicht Vorschub leistet. Auf der andern Seite glauben wir die Grenzen der Hilfskraft der Rechtsvergleichung erkannt zu haben, indem wir der Stellung und dem Wortlaute des Art. 201 SCHKG gerecht zu werden trachteten.

Da die schweizerische Doktrin annimmt, dass Art. 201 SCHKG die Aussonderung von gewissen fiduziarisch begebenen Wertpapieren erlaube, und gerade mit dieser Interpretation den singulären konkursrechtlichen Charakter der Norm darlegen will, so wird das Wesen der Fiduzia im allgemeinen und insbesondere im Wertpapierrecht behandelt werden müssen. (Dies erfolgt im II. Kapitel.)

Es wurde oben betont, dass das deutsche Konkursrecht nach herrschender deutscher Lehre allgemein die Aussonderung von fiduziarisch tradierten Vermögenswerten gestattet. In der schweizerischen Literatur wird diese Rechtsidee fast durchwegs abgelehnt. Sollte ein dahingehender Rechtssatz Geltung haben, so wäre Art. 201, der nach herrschender Ansicht die Aussonderung von fiduziarisch tradierten Wertpapieren gestattet, gänzlich überflüssig. Es ist daher angezeigt, das Problem der Aussonderung von fiduziarisch begebenen Werten im allgemeinen näher zu studieren und zu untersuchen. (Dies wird getan im III. Kapitel.)

Diese letztere Untersuchung führt endlich zu einer kritischen Betrachtung der Rolle, welche die fiduziarische Uebergabe von Wertpapieren im Verkehrsleben überhaupt spielt. (Diese Betrachtung erfolgt im IV. und zugleich letzten Kapitel.)

Zum Schlusse werden wir uns ein zusammenfassendes Urteil über den rechtlichen Charakter und über die Tragweite der Norm in Art. 201 SCHKG erlauben.

I. KAPITEL.

Rechtsvergleichende Darstellung der Entwicklung der Aussonderung von Wertpapieren, die zu Inkasso- oder Sicherungszwecken übergeben wurden.

§ 1. Die Entwicklung im französischen Rechte.

Bis zum Jahre 1922 unterschied man im französischen Wertpapierrecht zwischen den Wirkungen des regulären und denjenigen des irregulären Indossamentes. Das reguläre Indossament musste datiert sein, ferner den Namen des Indossatars aufweisen und endlich die Angabe enthalten, dass der Gegenwert geleistet worden sei. Waren diese Formerfordernisse nicht erfüllt, so lag ein irreguläres Indossament vor. Nur das reguläre Indossament übertrug in der Regel das Eigentum, dass irreguläre war blosses Prokuraindossament. Diese Regelung finden wir im code de commerce vom Jahre 1807.[13]) Eine entsprechende Rechtsidee hatte allerdings schon vor dieser Kodifikation Form angenommen. So normierte eine «Ordonnance» vom Jahre 1673[14]), dass irregulär indossierte Wechsel im Konkurse des Empfängers ausgesondert werden können, «weil bei solchen Papieren zu vermuten sei, dass der Indossant den Betrag für den Wechsel nicht erhalten habe und der Wechsel also noch ihm gehöre». Wir haben es hier also mit einer Aussonderungsbestimmung zu tun, und zwar ist diese Aussonderungsbestimung offensichtlich eine solche, welche sich aus dem materiellen Rechte ergibt, denn die Unterscheidung eines regulären und eines irregulären Indossaments und die dadurch bedingte verschiedene Rechtswirkung derselben ist ohne Zweifel eine materiellrechtliche. Offenbar herrschte vor Erlass der «Ordonnance» Meinungsverschiedenheit bezüglich der rechtlichen Bedeutung der verschiedenen Indossamente, was dann zur erwähnten Regelung für das Aussonderungsrecht führte.

Die erwähnte «Ordonnance» enthält den klaren Vermerk, dass bei irregulärem Indossament das Verbleiben des Eigentums am

13) Art. 137 und 138 im code de commerce vom Jahre 1807. Diese Artikel wurden im Jahre 1922 dahingehend revidiert, dass die Einsetzung des Namens des Indossanten zu einem vollen, Eigentum übertragenden Indossamente genügt. Die Prokuraklausel muss klar und eindeutig angegeben sein, sonst wird das Vorliegen eines Vollindossamentes vermutet.

14) Art. 25 du titre V. de l'ordonnance de 1673 (siehe Recueil général des anciennes lois françaises de Jourdan, Deerusy et Jsambert, Tome XIX, pg. 100).

Papier beim Indossanten nur vermutet werde, dass also der Parteiwille etwas anderes bestimmen könne. Es konnte demnach durch Abmachungen inter partes trotz der Irregularität des Indossaments das Eigentum an den Indossatar übergehen. Dann musste aber logischerweise auch das reguläre Indossament nur die Vermutung des Eigentumsüberganges an den Indossatar für sich haben. Gemäss dieser Rechtslage hat sich denn auch die Normierung in der erwähnten «Ordonnance» entwickelt. Man sagte sich richtig, dass es bei der Beurteilung, ob das Eigentum am Wertpapiere an den Indossanten übergegangen sei, letzten Endes nicht auf die Form des Indossaments, sondern auf den Parteiwillen ankomme. Diese Rechtsanschauung fand dann ihren Ausdruck im Konkursrechte des code de commerce vom Jahre 1807, wo in Art. 583 in kasuistischer Weise geregelt wurde, dass Wertpapiere, welche dem Kridar nur zum Inkasso übergeben worden sind mit der Bestimmung, dass der Erlös zur Verfügung des Indossanten gehalten werde, und dass weiter solche Papiere, welche dem Indossatar als Deckung für ein Akzept des letztern tradiert worden waren, ausgesondert werden könnten. Im einen Fall wie im andern Fall war nach der Ansicht des Gesetzgebers nicht Eigentumsübergang gewollt.[15]) Auch dieser Rechtssatz fusst also auf dem materiellen Recht, speziell auf der Regelung, dass ausser dem Formerfordernis des Indossaments noch ein besonderer Begebungsvertrag der Parteien hinzukommen muss, falls das Eigentum am Wertpapier an den Indossatar übergehen soll. War dies nicht der Fall, so konnten die Papiere ausgesondert werden.

Die französische Doktrin hat in der Tat den Art. 583 nie anders denn als eine materiellrechtliche Norm aufgefasst. Dies gilt für die älteren wie für die jüngeren und jüngsten Kommentatoren.[16]) Sie sind ohne Ausnahme der Ansicht, dass gemäss Art. 583 resp. nach dem gleichartigen Art. 574 des revidierten code de commerce Wertpapiere nur dann ausgesondert werden können, wenn das Eigentum an denselben noch beim Indossanten verblieben ist.[17])

15) Code de commerce Liv. III des faillites et banqueroutes tit. III, art. 583: «Les remises en effets de commerce, ou en tous autres effets non encore échus, ou échus et non encore payés et qui se trouveront en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de sa faillite, peuvent être revendiquées, si ces remises ont été faites par le propriétaire avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, ou si elles ont reçu de sa part la destination spéciale de servir au paiement d'acceptations ou de billets tirés au domicile du failli».

16) Es ist zu beachten, dass Art. 583 c. d. commerce im Jahre 1838 revidiert wurde. Vergl. Art. 574 des geltenden c. d. commerce. Die textuellen Veränderungen haben jedoch den Charakter der Norm in keiner Weise beeinflusst. (Siehe Fussnote 19, unten.)

17) Lyon-Caen: Précis du droit commercial, Paris 1885, Tome II, pg. 845, No. 3001: «Quand le porteur d'un effet de commerce en a fait un endossement translatif au failli, il est évident que la revendication n'est pas admise».

Die französische Norm über die Wertpapieraussonderung bringt materielles Recht in Erinnerung. Bloss aus rechtshistorischen Erwägungen wird es erklärlich, dass diese Bestimmung ausdrücklich in das französische Konkursrecht eingefügt wurde.

Diese Norm hat nun dadurch, dass sie in mehrere andere kontinentale Rechte aufgenommen wurde, die interessantesten Veränderungen durchgemacht und rechtliche Erscheinungen gezeitigt, welche weit über die eigentliche Tragweite derselben hinauswirkten.

Das kodifizierte französische Handelsrecht wurde teils aus politischen Gründen teils wegen seiner inhärenten Macht als juristisches Geisteswerk von mehreren Nationen übernommen. Damit wurde die konkrete Norm fast wörtlich in das belgische, holländische, spanische und italienische Recht einverleibt. Als Beispiel mag im nächsten Paragraphen die italienische Norm und deren Interpretation betrachtet werden. Im deutschen, österreichischen und endlich auch im schweizerischen Rechte dagegen hat die französische Regelung resp. die Interpretation der entsprechenden Norm in der Folge grosse Veränderungen erfahren, wie wir noch ersehen werden.

§ 2 Die französische Norm im italienischen Rechte.

Art. 802 des codice di commercio [18]) ist fast die wörtliche Uebersetzung des Art. 574 des revidierten code de commerce français.[19])

Wibaux, de la revendication en matière de faillite, pg. 191 zu Art. 574 c. d. commerce: «le droit de revendication consacré par ce texte se justifie aisément. Celui que remet à un commerçant des titres en effets de commerce avec mission d'en opérer le recouvrement et d'en garder les fonds à sa disposition n'entand point transporter à tiers la propriété des valeurs envoyées. Le réceptionnaire n'est pas un acquéreur, c'est un simple mandataire». Wibaux, eodem, pg. 224 bemerkt, dass ein Wertpapier, welches dem Kridar zur Deckung für eine auf ihn gezogene Tratte übergeben wurde, wieder ins Eigentum des Indossanten zurückfalle, wenn der Kridar die Tratte nicht einlösen könne. Das Papier sei unter einer Resolutivbedingung übergeben worden.

R. du Castel, Traité théorique et pratique de la faillite pg. 255, No. 479: «Le principe du droit de revendication des art. 574 et suivantes du code de commerce repose sur cette idée que la chose revendiquée n'est pas entrée dans ce patrimoine du failli». R. de Castel, eodem, No. 484, 487 und 488: Der Beweis, dass der Kridar die Wertpapiere nicht zu Eigentum besitzt, kann trotz des regelmäßigen Indossamentes mit allen Beweismitteln erbracht werden.

18) Art. 802 del codice di commercio lautet: «Possono essere rivendicate le rimesse in cambiali od altri titoli di credito non ancora pagati e che sono posseduti in natura dal fallito nel giorno della sentenza dichiarativa del fallimento, quando tali rimesse siano state fatte, dal proprietario con semplice mandato di fare la riscossione e di custodirne il valore per suo conto, o quando dallo stesso proprietario siano state destinate a determinati pagamenti»

19) «Pourront être revendiquées, en cas de faillite, les remises en effets de commerce ou autres titres non encore payés, et qui se trouveront en nature dans le porte-feuille du failli à l'époque de sa faillite, lorsque ces remises auront été faites par le propriétaire, avec le simple mandat d'en faire le re-

Beide Artikel normieren in gleichen Ausdrücken, dass Wertpapiere, die nur zum Inkasso oder zu bestimmten Zahlungen übergeben wurden, vom Tradenten ausgesondert werden können.

Die italienische Doktrin versteht Art. 802 codici di commercio als materiellrechtlichen, genau wie die französische dies tut und immer tat. Es ist der «proprietario, chi rivendica i titoli».[20]) Der Tradent ist nur Mandant, sei es, dass der Mandatar das Inkasso besorgen oder bestimmte Zahlungen machen soll, «vale a dire, eseguire un mandato».[21]) Wenn die Uebergabe von Titeln mehr impliziert als ein blosses Mandat, wenn das Recht des Mandatars ein so umfassendes ist, dass der Mandant dem ersten Kredit gewährt und der Mandatar, seinen allgemeinen Befugnissen nach zu schliessen, Eigentümer oder Fiduziar wird, dann ist eine Aussonderung nicht möglich.[22]) Der Beweis des Aussonderungsklägers, dass keine Eigentumsübergabe, sondern nur Besitzesübergabe gewollt war, kann nach italienischer Doktrin mit allen Beweismitteln erbracht werden.[23]) Nach Art. 258 des codice civile hat das Blankoindossament die Vermutung der Eigentumsübergabe für sich. Diese Vermutung kann jedoch durch Gegenbeweis desjenigen, der die Aussonderung verlangt, entkräftet werden.[24])

Aus diesen Darlegungen dürfte zur Genüge hervorgehen, dass die italienische Norm über die Wertpapieraussonderung den Charakter ihres Vorbildes, des Art. 574 c. d. commerce français, rein bewahrt hat. Sie bezweckt nichts anderes als die Klarstellung des materiellen Rechtes, insbesondere der rechtlichen Möglichkeit, wonach trotz des Vorliegens eines Vollindossamentes oder Blanketts vom Aussonderungskläger der Beweis erbracht werden kann, dass der Indossatar nur Mandatar und nicht Eigentümer ist.

Auch die Idee, dass Art. 802 c. d. comm. italiano in kasuistischer Weise zwei Mandatfälle regle, wobei aber andere Mandatsverhältnisse, wo das Eigentum am Wertpapier in gleicher Art beim Indossanten verbleibe, auch gleich behandelt werden müssten, findet sich in der italienischen Doktrin.[25])

---

couvrement, et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lorsqu'elles auront été, de sa part, spécialement affectées à des payements déterminés».

20) Emanuele Cuizzeri, nel commento del c. d. commercio da Boleffio e Vivante, volume VIII, No. 708.

21) Emanuele Cuizzeri, eodem, No. 710.

22) Emanuele Cuizzeri, eodem, No. 710: «Nell articolo che commenttiamo il legislatore si è particolarmente occupato della rimessa dei titoli al fallito perchène effetui la esazione, e poichè questa, se è generica, poteva implicare la fiducia del mandatario e dar luogo di conseguenza ad un rapporto di debito, volle che il limite, lo scopo speziale del mandato di esigere, escludente ogni idea di credito personale, fosse dimostrato.»

23) Emanuele Cuizzeri, eodem. No. 708.

24) Emanuele Cuizzeri, eodem, No. 709.

25) Emanuele Cuizzeri, eodem, No. 710, Abs. 5.

§ 3. Die Aufnahme der Bestimmung ins preussische Konkursrecht.

Die französische Norm wurde auch in das preussische Konkursrecht vom Jahre 1855, 8. Mai, aufgenommen. § 24 der genannten Konkursordnung steht unter dem dritten Abschnitt derselben, betitelt: «Vindikationsansprüche», und lautet:

«Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisierung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, dass sie zur Deckung gewisser, bei der Uebermachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt.»

Es bedarf keines weiteren Nachweises, dass diese Bestimmung ihr Vorbild in Art. 574 c. d. c. français, also in der revidierten Bestimmung des französischen Rechts über die Wertpapieraussonderung hatte. Aber auch die Interpretation des § 24 pr. KO. ist genau die gleiche, wie sie der französischen Norm zuteil wurde und noch wird. In den legislatorischen Motiven ist bezüglich des § 24 vermerkt:

«Die Rückforderung der dem Gemeinschuldner übermachten Wechsel etc. in den hier bezeichneten Fällen beruht auf der Voraussetzung, dass das Geschäft, mit Rücksicht auf welches die Uebermachung der Papiere an den Gemeinschuldner stattgefunden hat, vermöge der Veränderungen, welche der Konkurs in den Verhältnissen des Gemeinschuldners hervorbringt, als aufgehoben anzusehen ist.»

«Das Rückforderungsrecht ist namentlich dann von Wichtigkeit, wenn die dem Gemeinschuldner übermachten Schuldurkunden so ausgestellt oder mit solchen Vermerken versehen sind, dass sie denselben schon als Eigentümer erscheinen lassen, während er dies doch erst bedingungsweise später werden oder überhaupt nur Bevollmächtigter sein sollte.»

«Das französische Fallimentsgesetz enthält im Art. 574 eine gleiche Vorschrift.»

Ein Kommissionsbericht fügt hinzu:

« . . . . es kommt im Handelsverkehr häufig vor, dass Wechsel und andere Handelspapiere Geschäftsfreunden übersandt werden, um dieselben zu realisieren, und dass der Uebersender sie dazu mit denjenigen Vermerken und Erklärungen versieht, die den Empfänger zur unbeschränkten Disposition berechtigen, die ihn äusserlich zum Eigentümer der Forderung machen, während doch nur ein Mandatsverhältnis vorliegt.» [26])

---

26) Vergl. die eingehende Wiedergabe der einschlägigen Motive und Kommissionsberichte zu § 24 pr. KO bei Goltdammer, Kommentar zur pr. KO II. Ausgabe, Berlin 1858, pg. 113 und 114.

Auch die Kommentatoren der pr. KO. sind der Ansicht, es bedeute die Aussonderungsbestimmung nach § 24 pr. KO nur eine Klarstellung, nicht jedoch eine Beugung des materiellen Rechtes.[27]) Insbesondere Koch [28]) betont, dass § 24 pr. KO. dem Art. 583 des code de comm. fr. und Art. 574 des französischen Fallimentsgesetzes entnommen sei. Die Bestimmung setze voraus, «dass die Uebertragung der Papiere, wenn gleich in der äusseren Form der Eigentumsübertragung, doch nicht unter einem Eigentumstitel und mit der Absicht, den Gemeinschuldner zum Eigentümer zu machen, sondern nur zu dem Zwecke geschehen sei, um ihn in die Lage zu bringen, darüber nach den Absichten des Eigentümers zu verfügen oder nach der Erfüllung einer Bedingung Eigentümer zu werden.» Koch sagt weiter: «Der Rechtssatz ist durchaus folgerichtig; in allen Fällen ist der Uebersender bis zur Ausführung noch Eigentümer des Papiers und kann es vindizieren.»

Diese Ausführungen lassen keine Zweifel übrig hinsichtlich der Auffassung des § 24 pr. KO durch die preussischen Juristen. Diese Bestimmung wird in klarer Weise als eine materiellrechtliche interpretiert.

§ 4. Die Rezeption der Norm in den schweizerischen kantonalen Rechten.

Um die Mitte des 19. Jahrhunderts und in den folgenden drei Jahrzehnten wurde der grösste Teil der schweizerischen kantonalen Konkursordnungen revidiert. Aber nur in wenigen kantonalen Konkursgesetzen lässt sich der Einfluss der französischen Bestimmung über die Wertpapieraussonderung nachweisen. Bern, Zürich, Schaffhausen, Graubünden, Neuenburg, Aargau, Nidwalden und Appenzell kennen in ihren zu der genannten Zeit kodifizierten oder revidierten Konkursordnungen die spezielle Bestimmung betreffend die Wertpapieraussonderung nicht. Im luzernischen Gesetze über das Konkursverfahren vom 31. März 1849 [29]) ist in § 35 unter dem Titel: «Vindikationsrecht», wohl von einer Vindikation von Gültinstrumenten und anderen Sachen und Effekten die Rede, welche dem Gemeinschuldner aus einem Titel übergeben worden sind, der nicht geeignet ist, das Eigentum an denselben auf ihn zu übertragen. Der Paragraph ist jedoch zu allgemein gehalten, um mit der französischen Norm etwas Verwandtes zu haben. In einem baselstädtischen Entwurfe betreffend eine zu revidierende «Collakationsordnung» [30]) mit Begleittext heisst es sub. pg. 4: «Eine aus-

27) Wentzel und Klose, die preussische KO, pg. 114.
28) in seinem Kommentar zur KO, pg. 51 und 52.
29) Sammlung der Luzerner Zivil- und Zivilprozessgesetze, II. Büchlein, von Bosshard und Weibel.
30) Ratschlag und Gesetzesentwürfe betreffend revidierte Bestimmungen über Kollokationsordnung etc., dem Basler Grossen Rate vorgelegt im Juni 1850.

drückliche Ausdehnung (nämlich der Vindikationsbestimmungen) auf Wechselbriefe, welche dem Failliten übergeben wurden, und sich noch bei ihm befinden, wurde nicht für notwendig gehalten, indem dieselben oft unter den Begriff eines Depositums oder eines Mandates fallen und in der Praxis sich nie Anstände deshalb ergeben». Aus diesem Passus geht klar hervor, dass man bei der Revision der genannten «Collakationsordnung» die französiche Norm wohl beachtet hat, jedoch dieselbe in der Auffassung, es handle sich um eine teils selbstverständliche materiellrechtliche teils unnötige Bestimmung, nicht übernahm. Zwei Jahrzehnte später, mit dem Konkursgesetze vom 8. Februar 1875, hat dann aber Baselstadt den Art. 574 c. d. comm. fr. fast wörtlich übernommen. In den «Projets de loi sur les faillites et banqueroutes» vom Jahre 1861 wurde auch in Genf die wörtliche Aufnahme der französischen Norm vorgeschlagen; der Vorschlag wurde späterhin angenommen. Auch St. Gallen tat nach einem Gesetzesvorschlag vom Jahre 1870 das gleiche. Im Konkursgesetze des Kantons Wallis ist ebenfalls die sinngemässe Wiedergabe des französischen Artikels zu finden.[31]) § 36 dieses Gesetzes gestattet die Aussonderung von Wertschriften. wenn solche «einzig zum Zwecke der Einkassierung und mit dem Auftrage übergeben wurden, den Betrag zur Verfügung zu halten oder dann zum voraus bestimmte Zahlungen zu machen».

Wir sehen also, dass sich in den wenigsten Kantonen das Bedürfnis zeigte, die französische Norm zu übernehmen.

Wo dieses geschah, hat man die französische Norm zweifellos gleich aufgefasst, wie dies die französische Doktrin tut, und wie sie, wie oben angeführt wurde, auch der Gesetzgeber von Baselstadt auffasste.

§ 5. Der Einfluss der französischen Norm auf das Konkursrecht des Deutschen Reiches.

Seit dem Jahre 1871 wurde in Deutschland an dem Entwurfe einer deutschen Gemeinschuldordnung gearbeitet. In den Jahren 1873 bis 1876 wurde dieser Entwurf von den parlamentarischen Kommissionen durchberaten.

Der Gesetzesentwurf enthielt keine Bestimmung über die Wertpapieraussonderung. In den Kommissionen indessen hat eine lebhafter Meinungsstreit geherrscht über die Frage, ob eine spezielle Regelung der Wertpapieraussonderung in die KO aufgenommen werden sollte. Eine Minderheit war der Meinung, § 24 pr. KO (also die Bestimmung, welche die besprochene Norm nach französischem Vorbilde enthielt) solle auch in die DKO aufgenommen werden. Nur nach einer Richtung hin hätte nach dieser Minderheit die preussische Norm geändert resp. präzisiert werden sollen: § 24 pr. KO

31) Gesetz über das Konkursverfahren des Kantons Wallis vom Jahre 1870.

spricht von einer Uebertragung von Wertpapieren zur Deckung gewisser bei der Uebermachung bezeichneter künftiger Zahlungen. Man hielt den Begriff Deckung für unjuristisch oder wenigstens für zu allgemein, mit der Begründung, dass im Verkehre eine Vorleistung häufig als Deckung bezeichnet werde. Es wurde betont, dass eine Aussonderung ausgeschlossen sei, wenn mit dem Wertpapiere eine Vorleistung für eine künftige Verpflichtung gemacht worden ist. Man schlug daher folgende Präzisierung vor: Nur solche Wertpapiere sollen gemäss § 24 pr. KO ausgesondert werden können, «welche behufs Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, dass sie zur Sicherung des Gemeinschuldners für eine bei der Uebertragung bezeichnete, von ihm oder an ihn zu bewirkende Leistung dienen sollen.» [32])

Gerade durch diesen Präzisierungsantrag aber wurden die Geister geweckt. Dieser Antrag bewirkte nämlich, dass man die rechtliche Tragweite und überhaupt die Bedeutung des § 24 pr. KO des näheren untersuchte. Es entstund eine Mehrheit in den Kommissionen, welche eine Bestimmung über die Wertpapieraussonderung für gänzlich überflüssig hielt. Von dieser Seite wurde geltend gemacht, dass Wertpapiere, die nur zum Inkasso, als Depot oder zur Deckung übergeben werden, schon nach dem materiellen Rechte ausgesondert werden könnten, da hier bloss ein Mandat und keine Eigentumsübergabe vorliege. Eine Spezialbestimmung sei daher unnötig. Dies wurde von der Minderheit in dieser allgemeinen Form nicht anerkannt. Es wurde eingewendet, dass eine Aussonderung von Wertpapieren mit ausdrücklich vermerktem Inkassoindossament (Prokuraindossament) oder mit einem ausdrücklichen Vermerk der blossen Verpfändung oder Hinterlegung wohl möglich sei nach dem materiellen Rechte, dass aber in den Fällen, wo Wertpapiere zu den gleichen Zwecken, jedoch mit Vollindossament tradiert werden, das Eigentum vom Tradenten an den Empfänger resp. an den Gemeinschuldner übergehe, was eine Aussonderung verunmögliche, wenn diese nicht aus Billigkeitsgründen durch die Aufnahme des § 24 pr. KO in die DKO bewerkstelligt werde.

Demgegenüber vertrat die Mehrheit die Ansicht, dass das Vollindossament bei der Uebergabe des Wertpapiers zum Inkasso oder zur Sicherung nur eine Begründung der Legitimation sei und keineswegs Eigentum an den Empfänger übertrage.[33])

Es entstand also letzten Endes ein Streit um die rechtliche Natur des Indossaments, dessen Entscheidung in dieser oder jener Richtung in logischer Folge die Existenzberechtigung des § 24 pr. KO in der DKO zu- oder absprach. Da die Anhänger der Legitima-

32) Sarwey, die deutsche Konkursordnung, in Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht von Goldschmidt etc. Bd. 23, pg. 475 ff., ferner Sarwey, die Konkursordnung vom Jahre 1876, pg. 320.

33) Vergl. die ausführliche Darstellung der einschlägigen Voten der Kommissionsmitglieder bei Sarwey, die Konkursordnung, pg. 320 ff.

tionstheorie, wie schon betont wurde, die Mehrheit ausmachten, so wurde beschlossen, die Norm über die Wertpapieraussonderung nicht in die DKO aufzunehmen. Die Minderheit veranlasste darauf eine Protokollerklärung, dass die Aussonderung von Wertpapieren, welche mit Vollindossament zum Inkasso oder zur Sicherung an den Gemeinschuldner übertragen wurden, trotz des erwähnten Beschlusses zulässig sein solle.

Bei dem genannten Kommissionsbeschluss blieb es. Die DKO kennt daher keine Bestimmung über die Wertpapieraussonderung.[34])

§ 6. Die Aufnahme der französischen Norm in die schweizerischen Gesetzesentwürfe und in das schweizerische Recht bei der Schaffung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes.

I. Die Norm im Munzingerschen Entwurf zu einem schweizerischen Handelsrechte.

Mit seinem Entwurf eines schweizerischen Handelsrechtes (fertig gestellt im Jahre 1865) hat Munzinger die Regelung des Konkurses verbunden, wie dies auch im französischen Handelsrechte der Fall ist. In den Artikeln 474 bis 476 hat er die Vindikationsbestimmungen des französischen Konkursrechtes untergebracht. In den von ihm herausgegebenen Motiven zum gesamten Entwurfe [35]) bespricht er die Tragweite der von ihm vorgesehenen Norm in Art. 475, welcher die Aussonderung von Wechseln, Handelspapieren und «andern Forderungen» gestattet, wenn diese dem Gemeinschuldner zum Inkasso oder zur Deckung bestimmter künftiger Zahlungen übergeben wurden, «vorausgesetzt, dass sie zur Zeit der Konkurseröffnung bei dem Konkursiten oder bei einem Dritten, der sie für denselben besitzt, noch unbezahlt sich vorfinden.»[36]

Munzinger [37]) betrachtet diese Regelung als eine materiellrechtliche. Er erwähnt, dass es vorkommen könne, dass ein Auftrag zum Inkasso vermittelst Vollindossament oder Vollgiro gegeben wird. Dies gebe den äusseren Anschein der Eigentumsübertragung, in Wirklichkeit bestehe aber nur ein Mandat. Er bringt als Beispiel einer unter den Artikel 474 fallenden Sicherung durch Wertpapiere den Fall vor, dass einer mit dem Ankauf von Waren beauftragt wird und zur Deckung gleichzeitig eine Tratte zu Handen bekommt. «Fällt nun der Empfänger in Konkurs, so soll der Uebersender das Recht der Rückforderung haben, und es ist ein-

34) Auch die geltende österreichische Konkursordnung enthält keine entsprechende Norm. Der österreichische Gesetzgeber hat sich hierin der deutschen Auffassung angeschlossen.

35) Munzinger, Motive zum Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes, Bern 1865, zu Art. 474.

36) Dieser Nachsatz zeigt, dass Munzinger die französische Norm in der preussischen Fassung in § 24 pr. KO übernommen hat.

37) Munzinger, eodem, pg. 455.

leuchtend, wie viel die Bequemlichkeit und Raschheit des Verkehrs durch diesen Satz gewinnen wird».[38]) Nach dem Tenor dieser letzten Ausführung könnte man annehmen, dass Munzinger wenigstens für diesen Fall eine Aussonderung nur nach Billigkeit, nicht aber schon nach materiellem Rechte für möglich hält. Munzinger erklärt jedoch nicht, wie er sich die juristische Konstruktion der von ihm beispielsweise erwähnten Deckung mit Wertpapieren denkt.

Der Entwurf zu einem schweizerischen Handelsrechte von Munzinger hat in direkter Weise zu keiner Gesetzgebung geführt. Er mag aber vermutlich dazu beigetragen haben, dass die französische Norm über die Wertpapieraussonderung später in der schweizerischen Gesetzgebung positives Recht wurde.

II. Die französische Norm im Entwurfe eines Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes von Andreas Heusler.

Im Jahre 1874 gab Andreas Heusler seinen Entwurf eines Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes mit Motiven heraus.[39]) Unter dem Titel: «Feststellung des Massagutes» etc. enthält der Entwurf in § 109 folgende Bestimmung:

«Wechsel, Handelspapiere und andere Forderungstitel, welche dem Gemeinschuldner nur zur Einkassierung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass sie zur Deckung bestimmt bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, sind übermacht worden, sind herauszugeben, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder dessen Vertreter vorhanden sind.»

Wir erkennen in dieser Regelung unschwer die Munzingersche Fassung. Heusler erläutert in den Motiven[40]): «§ 109 ist ein stehender Artikel der neueren Gesetzgebungen und rechtfertigt sich in hohem Masse. Es geschieht oft, dass Wertpapiere oder Wechsel einem Kaufmann übergeben und zum Zwecke der Einkassierung indossiert werden, bevor aber die Einkassierung erfolgt, bricht der Konkurs aus, und die Papiere sind noch in natura vorhanden. Da wäre es ungerecht, die Papiere als Eigentum des Gemeinschuldners zu behandeln und dem wirklichen Eigentümer nur ein Forderungsrecht für den Wert zuzusprechen, denn das Eigentum ist in der Tat nicht übergegangen.»

Auch Heusler sieht also in der Indossierung von Wertpapieren zu Inkassozwecken kein Hindernis für die Aussonderung. Heusler spricht sich allerdings nicht aus über den speziellen Punkt, ob er unter dieser Indossierung ein Vollindossament oder Prokurain-

38) Munzinger, eodem.
39) erschienen bei Jent und Reinert, Bern 1874.
40) Heusler, Entwurf für ein Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, pg. 119.

dossament versteht, es ist aber eher das erstere anzunehmen. Auf jeden Fall sieht er den § 109 seines Entwurfes als einen materiellrechtlichen an. Ueber die Deckungswechsel oder -papiere enthält sich Heusler jeder Aeusserung oder näheren Erklärung.

III. Die Beratung der Bestimmung über die Wertpapieraussonderung im Parlamente, speziell im Ständerate, und die endgültige Stellung und Redaktion der Norm.

In dem definitiven Entwurfe eines Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, welcher nach den vielen Abänderungen endlich vom Parlament eingehend behandelt wurde, figurierte die Bestimmung über die Wertpapieraussonderung mit unwesentlichen Abweichungen in der Fassung, wie sie Heusler vorgeschlagen hatte.

Die Beratung im Parlamente hinsichtlich der konkreten Norm zeitigte bloss laienhafte Aeusserungen über die mögliche Tragweite des Artikels.

Im Frühjahr 1886 kam der letzte Entwurf und mithin auch die konkrete Norm zur Beratung an eine ständerätliche Kommission.[41]) Dort wurde die Bestimmung verschieden interpretiert. Ein Kommissionsmitglied ist der Ansicht, dass als Deckung hingegebene Wechsel einer Zahlung gleichkämen, und erklärte daher, dass eine Aussonderung von Deckungswechseln nicht gerechtfertigt sei. Herzog entgegnete darauf, es handle sich hierin «nur um ein Depot zur Sicherung einer künftigen Zahlungsverbindlichkeit». Durch den Konkurs, d. h. durch die Tatsache, dass der Kridar einen vom Deponenten entgegengenommenen Auftrag nicht mehr ausführen könne, falle auch die in Aussicht stehende Verbindlichkeit des Tradenten dahin. Herzog erwähnt aber mit keinem Worte, wie er sich dieses «Depot zur Sicherung» denkt, als eigentliches Depot, als resolutiv bedingte Eigentumsübergabe, als suspensiv bedingtes Pfand, oder als Pfand schlechthin etc. Herzog erklärte ferner, «dass die Zugehörigkeit des Wechsels zur Masse präsumiert werden soll, so lange nicht der Vindizierende in bestimmter Weise das spezielle Verhältnis nachweise, für welches der Wechsel zur Deckung gegeben worden sei.» [42]) Aus diesen Worten dürfte hervorgehen, dass Herzog die Bestimmung als eine materiellrechtliche auffasste.

Ruchonnet ist der Ansicht, diese Deckungspapiere seien nicht bloss zu Pfand, sondern zu Eigentum übergeben worden, «jedoch nachweisbar zu dem bestimmten Zwecke, dass der Empfänger die-

41) Protokoll der ständerätlichen Kommission betreffend Verhandlungen über den Bundesgesetzentwurf eines Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (Entwurf vom 23. Februar 1866).

42) Vergl. Protokoll, oben erwähnt, pg. 119 und 120.

selben zur Deckung einer erst später fällig werdenden Verbindlichkeit des Tradenten oder eines Dritten verwenden sollte.» Auch Ruchonnet spricht sich nicht darüber aus, wie er sich diese Eigentumsübergabe vorstellt, ob diese resolutiv bedingt oder eine fiduzarische Uebergabe sein soll.[43])

Aus einem Berichte der ständerätlichen Kommission[44]) geht hervor, dass die Wendung «Deckung für künftige Zahlungsverbindlichkeiten» zu Gunsten der Fassung: «Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung» fallen gelassen wurde. Hoffmann[45]) begründete dies im Bericht wie folgt:

«Zur Deckung für künftige Zahlungsverbindlichkeiten hingegebene Wechsel und Handelspapiere sind nichts weiteres als Faustpfänder, welche der Kridar besitzt und die deshalb keiner besonderen Erwähnung bedürfen, während es sich hier gegenteils um ein Mandatsverhältnis handelt, kraft dessen der Kridar die übergebenen Papiere zu einer an Stelle des Deponenten vorzunehmenden, diesen obligierenden Zahlung verwenden soll.»

Nach dieser Auffassung würde also ein Zahlungsauftrag vorliegen, wobei der Mandant zur Ausführung dieses Auftrages dem Mandatar Wechsel übergibt, und zwar, wie aus dem Wortlaut der zitierten Stelle zu schliessen ist, weder zu Pfand noch zu Eigentum. Hoffmann sagt aber nicht, unter welcher Form dieser blosse Besitzübergang erfolgen soll. Es ist jedoch möglich, dass Hoffmann unter dem «Depot» eine Uebergabe zu Eigentum versteht.

In Zusammenfassung aller oben wiedergegebenen Aeusserungen und Voten müssen wir uns damit begnügen, festzustellen, dass man sich in Kommissionen und Parlament über den Charakter der Norm, also über die Kernfrage, ob eine materiellrechtliche oder eine spezielle Billigkeitsvorschrift vorliege, nicht genügend Rechenschaft gab. Diese wichtigste Frage hat man nicht gelöst. Da der Gesetzgeber hierin versagte, muss es der Rechtswissenschaft oder der Praxis überlassen sein, den Charakter des Artikels klarzulegen.

Bezüglich der endgültigen Stellung und der Redaktion der Norm erscheint uns folgendes beachtenswert:

Art. 201 des von der ständerätlichen Kommission bereinigten Entwurfes lautet in Absatz 1:

«Im Besitze des Gemeinschuldners befindliche Vermögensstücke, welche nachweislich Dritten zu Eigentum gehören, werden nicht zur Konkursmasse gezogen.»

Daran schliesst sich unmittelbar als Absatz 2 die Bestimmung über die Aussonderung von Wertpapieren.[46]) Daraus könnte ab-

43) Vergl. Bundesblatt vom Jahre 1886, pg. 763.
44) Bericht der ständerätlichen Kommission zum Gesetzesentwurfe betr. Schuldbetreibung und Konkurs vom 13. November 1886, Bundesblatt vom Jahre 1886 — 3 — pg. 897.
45) Bericht der ständerätlichen Kommission, oben erwähnt, pg. 21.
46) Protokoll, erwähnt sub Fussnote 41, pg. 159.

geleitet werden, dass die Kommission in diesem zweiten Absatz eine etwas verzwickte materiellrechtliche Frage zu lösen glaubte. Allerdings wurde bei der endgültigen Redaktion die Norm über die Wertpapieraussonderung in einem besonderen Artikel untergebracht; sie steht nun am Anfang der Artikelreihe, welche nach herrschender Meinung die konkursrechtlichen Aussonderungsgründe enthalten. (Art. 201, 202 und 203 SCHKG.)

Die durch den Bundesrat endgültig redigierte Norm lautet: «Wenn sich in den Händen des Gemeinschuldners ein Inhaberpapier oder ein Ordrepapier befindet, welches ihm bloss zur Einkassierung oder als Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung übergeben oder indossiert worden ist, so kann derjenige, welcher das Papier übergeben oder indossiert hat, die Rückgabe desselben verlangen.»

Der Artikel ist im Vergleiche zu den Fassungen in den Vorentwürfen besser redigiert worden. In § 109 des Entwurfes von Heusler figurierten unpraktische oder unnötige Klauseln wie die, dass die Wertpapiere zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt beim Gemeinschuldner oder bei dessen Vertreter vorhanden sein mussten. Diese Klauseln wurden mit Recht fallen gelassen. Es erzeigt sich im Einzelfall an Hand des materiellen Rechtes, ob ein Dritter ein besseres Recht hat an den Titeln, welche vom Aussonderungskläger herausverlangt werden. Ist der Dritte nur Vertreter des Gemeinschuldners, so liegt diesbezüglich der Aussonderung prinzipiell nichts im Wege.

Mit der endgültigen Redaktion des Art. 201 SCHKG ist die Aussonderungsmöglichkeit auf Inhaber- und Ordrepapiere beschränkt worden, nachdem sonst in allen behandelten einschlägigen Normen allgemein die Aussonderung aller Wertpapiere gestattet ist. Die Beschränkung rührt offensichtlich daher, dass zur Zeit der Schaffung des SCHKG in der schweizerischen Doktrin die Namenpapiere nicht als Wertpapiere betrachtet wurden. Das Namenpapier wurde nur als ein Beweismittel für die Existenz einer Forderung gehalten.[47]) Da es nach dem Wortlaute von Art. 242 SCHKG keine Aussonderung von Forderungen gibt, so wurde folgerichtig, wenn auch gestützt auf eine falsche Prämisse, die Aussonderung nur von Inhaber- und Ordrepapieren gestattet.[48])

Es sei hier speziell noch untersucht, ob die Fasssung des Art. 201 SCHKG für den materiellrechtlichen oder für den konkursrechtlichen Charakter desselben spricht.

---

47) Seit Entscheid 49 II., No. 50, pg. 353 und nachher in konstanter Praxis hat das Bundesgericht auch den Namenpapieren den Wertpapiercharakter zuerkannt.

48) Später begründete man diese Einschränkung damit, dass Namenpapiere im Verkehre selten zum Inkasso oder zur Deckung hingegeben werden. So Blumenstein, Handbuch zum Schuldbetreibungsrecht, pg. 636.

Reymond [49]) macht aufmerksam auf die im französischen bezw. im deutschen Gesetzestext enthaltenen Wendungen: «Les titres . . . peuvent être réclamés par l'ayant droit» — «derjenige, welcher das Papier übergeben oder indossiert hat, kann die Rückgabe desselben verlangen.» [50]) In Art. 242 SCHKG, welcher von der Aussonderung gestützt auf das materielle Recht handelt, sei dagegen nicht von einer Rückgabe, sondern von einer Herausgabe die Rede, und zwar von einer Herausgabe von Sachen, welche von einem Dritten als Eigentum angesprochen werden.»

Es ist nun ohne weiteres zuzugeben, dass die Fassung und die Stellung des Artikels 201 denselben eher als eine lex specialis erscheinen lassen. Wenn wir aber in Betracht ziehen, wie der Gesetzgeber bei der Schaffung der Norm überhaupt zu keiner klaren Vorstellung über die Tragweite derselben kam, so erhellt, dass auf die Fassung des Artikels kein grosses Gewicht verlegt werden darf. Gerade die Unsicherheit des Gesetzgebers zwingt uns, den Charakter des Artikels nicht einseitig mit der Wortinterpretation sondern mit allen wissenschaftlichen Hilfsmitteln zu ergründen.

Eine weitere Erörterung der einzelnen Tatbestandselemente des Art. 201 SCHKG erübrigt sich hier, da das Thema nur die Untersuchung des rechtlichen Charakters und der allgemeinen Tragweite der Norm erfordert.

§ 7. Die Kommentation des Art. 201 SCHKG hinsichtlich seines rechtlichen Charakters.

I. Die Deutung des Artikels als eine materiellrechtliche Norm.

Das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz vom Jahre 1889 wurde schon in den folgenden Jahren kommentiert. Die ersten Kommentatoren deuten ohne Ausnahme die Norm in Art. 201 SCHKG als eine materiellrechtliche. Die Begründung dieser Auffassung ist aber nicht bei allen Autoren die gleiche. Es ist daher angezeigt, die verschiedenen Argumente wiederzugeben.

Grivet [51]) sagt ausdrücklich zu Art. 201 SCHKG: «Ces valeurs n'appartiennent pas au failli, puis qu'elles ne lui ont été remises que comme mandataire ou pour servir à une destination spécialement déterminée.» Er beruft sich ferner auf Heusler resp. dessen Motive zum Entwurfe eines SCHKG.

---

49) Reymond, Contribution à l'étude de la revendication en matière de la faillite, pg. 64.

50) Die diesbezügliche italienische Fassung von Art. 201 SCHKG lautet: «chi li ha consegnati può chiederne la restituzione».

51) Grivet, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite et la faillite, Lausanne 1892, pg. 150.

E. Schulthess [52]) gibt als Beispiele, wo die Aussonderung von Wertpapieren nach Art. 201 SCHKG möglich sei, insbesondere folgende an: Wenn dem Kridar ein Wechsel, mit einem Prokuraindossament versehen, übergeben worden ist, dann auch, wenn die Wertpapiere nur als Kaution dienen sollen, «also zur Rücknahme bestimmt waren».

Alfred Martin [53]) ist der Ansicht, dass Titel, welche zum blossen Inkasso übergeben wurden, sei es mit Prokuraindossament oder mit vollem Indossament, nicht Eigentum des Indossatars geworden seien, dass also bei einem Beweise des blossen Inkassoauftrages die Aussonderung nach Art. 201 SCHKG gestattet werden müssen. Des fernern seien Wertpapiere, welche z. B. einem Kaufkommissionären als Deckung für die Verbindlichkeiten aus einem Kaufsauftrag übergeben wurden, nicht ins Eigentum desselben übergegangen; «le transfert a été opéré sous la condition que l'aquéreur des titres ferait certaines dépenses pour le compte du cédant; cette condition n'étant pas accomplie, l'aliénation doit être résolu.»

Nach diesen Autoren wäre der Art. 201 SCHKG offensichtlich eine materiellrechtliche Bestimmung. Eine Aussonderung wäre nur deshalb möglich, weil die Wertpapiere dem Indossatar entweder gar nicht zu Eigentum oder dann nur zu resolutiv bedingtem Eigentum übergeben wurden.

II. Die Kommentation des Art. 201 SCHKG als eine lex specialis oder konkursrechtliche Bestimmung, die Aussonderung von fiduziarisch tradierten Wertpapieren gestattend.

Diese Ansicht tritt zuerst in einzelnen Werken zutage, um dann später herrschend zu werden.

Schlatter Friedrich [54]) bemerkt, dass der Art. 201 SCHKG unter anderem den Tatbestand der Uebergabe eines Wertpapieres zum Inkasso mit Vollindossament erhalte. «Dieser (nämlich der Kridar) sollte durch die Uebergabe der ihm in Verwahrung, zur Einlösung oder behufs Ausführung eines andern Auftrages oder zur Sicherung übergebenen Aktien, Scheine, Handelspapiere, girierten Wechsel, zedierten Schuldbriefe, keineswegs deren Eigentümer werden. In solchen Fällen muss die Herausgabe des Wertpapieres aus der Masse möglich sein, und da nach dem Wortlaut (nämlich des Indossaments) der Gemeinschuldner Eigentümer wäre, also eine Vindikation ausgeschlossen ist, so gibt das Gesetz (Art. 201 SCHKG)

52) E. Schulthess, Rechtsfreund in Betreibungs- und Konkurssachen, Brugg 1893, pg. 83.
53) A. Martin, Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1908, pg. 184.
54) Schlatter Friedrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, pg. 54.

einen eigenen Rechtstitel für das Aussonderungsrecht.» Schlatter scheint einen Unterschied zu machen zwischen den wahren Parteiintentionen, nach welchen das Eigentum an den Titeln trotz der Vollindossierung nicht auf den Indossatar übergehen sollte, und einer entgegenstehenden Regelung, wonach in solchen Fällen das Eigentum an den Titeln notwendigerweise doch übergeht. Art. 201 SCHKG wäre also eine Spezialbestimmung, welche entgegen der allgemeinen Norm die Aussonderung der in das Eigentum des Indossatars übergegangenen Titel gestatten würde.

Rambert [55]) ist offenbar der Meinung, dass die Wertpapiere, welche nach dem Tatbestande von Art. 201 SCHKG dem Gemeinschuldner übergeben wurden, nicht fremde (d. h. dem Gemeinschuldner nicht gehörende) Sachen seien, denn er bemerkt, eine Ersatzaussonderung nach Art. 202 SCHKG komme nicht in Betracht, wenn die Wertpapiere vom Gemeinschuldner veräussert worden seien.

Reichel [56]) bemerkt: «Die Bestimmung (Art. 202 SCHKG) trifft zu nicht nur, wenn dem Indossament eines Ordrepapieres die Bemerkung: «zur Einkassierung» oder eine andere die Bevollmächtigung ausdrückende Formel beigefügt wurden . . ., sondern auch, wenn dem Indossament keine solche Bemerkung beigefügt wurde (beim sogenannten Vollgiro)». — «Die Bestimmung hat nicht zur Folge, dass bei jeder fiduziarischen Eigentumsübertragung die Aussonderung des Gegenstandes im Konkurse des Fiduziars verlangt werden kann.» Reichel betrachtet also die vollindossierte Uebertragung von Wertpapieren zu Inkasso- oder Sicherungszwecken als eine fiduziarische und bemerkt zugleich, dass eine Aussonderung von dermassen tradierten Titeln nur ausnahmsweise eben durch Art. 201 SCHKG gestattet sei, in allen anderen Fällen könne hinsichtlich von Werten, die auf solche Weise übertragen worden seien, eine Aussonderung nicht angängig sein. Auffallend ist, dass Reichel auch den Fall des mit ausdrücklichem Prokuravermerk übertragenen Wertpapieres unter Art. 201 SCHKG bringen will. Offenbar war Reichel der Meinung, auch in diesem Falle gehe das Eigentum an den Prokuraindossatar über, welche Ansicht mit dem Wortlaute von Art. 735 Abs. 1 OR nicht mehr vereinbar ist.

In eindeutiger und entschiedener Weise spricht sich endlich Blumenstein [57]) für den rein konkursrechtlichen Charakter des Art. 201 SCHKG aus. Nach Blumenstein hat Art. 201 SCHKG den einzigen Zweck, die Aussonderung von fiduziarisch zu Inkasso- oder Sicherungszwecken übertragenen Wertpapieren zu ermöglichen,

55) Rambert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne, Paris 1893, pg. 277. Vergl. auch Kommentar von Weber und Brüstlein, Zürich 1890 zu Art. 201 SCHKG.
56) Reichel, Kommentar zum SCHKG, Zürich 1901, pg. 267.
57) Blumenstein, Handbuch des Schuldbetreibungsrechtes, pg. 635 ff.

eine Aussonderung, welche nach dem materiellen Rechte nicht zulässig wäre.

C. Jaeger schliesst sich dieser Ansicht an. Er sagt: «das Gesetz steht auf dem Boden, dass an diesen Papieren der Gemeinschuldner durch die Uebertragung Eigentum erworben habe, sonst wäre der Artikel überflüssig gewesen.» Auch Reymond [59]) betont, dass Art. 201 SCHKG doch nicht eine Wiederholung von Art. 735 OR sein könne. Art. 201 SCHKG handle eben von Wertpapieren, die nicht mit einem beschränkenden, sondern mit einem Vollindossament (fiduziarischen Indossament) übertragen worden seien.[60])

Diese neue Charakterisierung des Art. 201 SCHKG blieb so ziemlich unwidersprochen. Es zeigten sich allerdings Bestrebungen, den Artikel als Ausfluss eines allgemeinern — aber auch konkursrechtlichen — Satzes zu interpretieren, wonach fiduziarisch übertragene Werte ohne Ausnahme ausgesondert werden könnten.[61]) Wie wir sehen werden, wird diese Aufassung in der schweizerischen Doktrin mit Entschiedenheit abgelehnt.[62])

§ 8. Die Abhängigkeit des Art. 201 SCHKG, interpretiert als lex specialis, von der Konstruktion der Fiduzia, von der Aussonderungsmöglichkeit der fiduziarisch begebenen Werte im allgemeinen und endlich von der Bedeutung der Fiduzia im Wertpapierrecht.

Wir haben gesehen, dass man bei der Beratung der Norm hinsichtlich der Tragweite und des Charakters derselben in grosser Ungewissheit steckte, dass die Kommentatoren dieselbe anfänglich als eine materiellrechtliche auslegten und erst später als eine konkursrechtliche betrachteten. Da ist nun in erster Linie die Frage zu stellen, mit welchem Rechte man den Art. 201 SCHKG als eine konkursrechtliche Norm interpretiert, nachdem sich doch kein klarer gesetzgeberischer Wille feststellen lässt.

Wenn wir die geschichtliche Entwicklung der Bestimmung in Betracht ziehen, so könnte die Deutung nur die sein: Art. 201 SCHKG ist eine materiellrechtliche Norm. Sie ist dadurch, dass sie etwas in Erinnerung bringt, was das materielle Recht eigentlich schon regelt, höchst überflüssig. Sowohl bei der Entstehung der Norm im französischen Rechte als auch anlässlich der Ueberhand-

58) C. Jaeger, Kommentar zum SCHKG, Bd. II, Art. 201, Note 3.
59) Reymond, Contribution à l'étude de la revendication en matière de faillite, pg. 63 und 64.
60) Dieses Argument Reymonds ist nicht stichhaltig. Art. 735 OR bestand zur Zeit der Schaffung des SCHKG noch nicht.
61) So W. Stauffacher, Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte, Diss. jur., pg. 20 ff.
62) Die Frage der allgemeinen Aussonderung von fiduziarischen Werten wird im III. Kapitel eingehend untersucht werden.

nahme derselben in andere Rechte wurde immer wieder betont, dass Wertpapiere, die nur zum Inkasso- oder Sicherungszwecke tradiert werden, nicht dem Indossatar, sondern dem Indossanten zu Eigentum gehören. Nur zur Klärung einer seiner Zeit akuten, jetzt aber längst erledigten materiellrechtlichen Streitfrage, die allerdings für das Konkursrecht resp. für das Aussonderungsrecht von Bedeutung war, hat man zur Zeit die Bestimmung in das französische Konkursrecht und in andere Rechte aufgenommen. Bei der Schaffung der DKO hat man aus dieser Erkenntnis heraus die Konsequenzen gezogen und die Norm als eine selbstverständliche nicht aufgenommen. Bei der Beratung des SCHKG wäre man unter Umständen zum gleichen Resultate gekommen, wenn man das Problem richtig erfasst hätte.

Erst nach ungefähr zwei Jahrzehnten nach der Schaffung der Norm kam man dazu, Art. 201 SCHKG als eine Sonderbestimmung zu erklären, da der Artikel sonst gar keine Existenzberechtigung habe. Letztere Argumentation ist natürlich nicht durchschlagend. Das Bestehen der Norm ist gesetzgeberisch zwar einwandfrei, beweist aber entgegen der Ansicht von C. Jaeger [63]) noch nicht die Existenzberechtigung derselben als einer Sonderbestimmung. Schwerwiegender ist der Umstand, dass die herrschende Doktrin und auch die Praxis [64]) übereinstimmend der Norm einen ganz bestimmten, genau präzisierten Inhalt gegeben hat. Wie schon oben betont wurde, soll der Artikel von der Aussonderung von fiduziarisch tradierten Inhaber- und Ordrepapieren handeln.

Diese Stellungnahme und die Begründung derselben gilt es nun zu untersuchen, wenn wir dem Thema gerecht werden wollen. Da liegt nun einmal die Frage nach dem Wesen der fiduziarischen Uebertragung am nächsten. Wir berühren dabei ein Problem, welches vornehmlich die deutsche und in der Folge auch die schweizerische Jurisprudenz seit etwa vier Jahrzehnten ernstlich beschäftigt. Es darf vorausgeschickt werden, dass je nach der Konstruktion des fiduziarischen Rechtsgeschäftes und je nach der Bedeutung der Fiduzia im Verkehrsleben im allgemeinen und insbesondere im Wertpapierrechte die neuere Auffassung vom Inhalte des Art. 201 SCHKG entweder überhaupt hinfällig, unter Umständen sehr problematisch ist, oder dann eine grössere oder kleinere Bedeutung hat.

Wir werden daher im nächstfolgenden Kapitel einen kurzen Ueberblick über die verschiedenen Konstruktionen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes geben müssen und dabei vor allem die Auswirkung derselben auf das Wertpapierrecht behandeln.

---

63) C. Jaeger, Kommentar zum SCHKG, Bd. II, Art. 201, Note 3.

64) Im Entscheid 39 II, pg. 813 ist vom Bundesgericht betont worden, dass Art. 201 SCHKG eine konkursrechtliche Spezialbestimmung enthalte.

II. KAPITEL.

Die Fiduzia im allgemeinen und im Wertpapierrecht.

§ 1. Die wirtschaftliche Grundlage der Fiduzia.

Es kommt im Verkehrsleben vor, dass Vermögenswerte übertragen werden ohne jeden Willen der Parteien, den Empfänger in irgend einer Weise zu bereichern. Der Empfänger soll aber nach aussen als Eigentümer resp. als Vollberechtigter auftreten. Das ist in solchen Fällen das Mittel, um damit irgend einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen. Die wirtschaftlichen Motive zu derartiger Vermögensübertragung können die verschiedenartigsten sein. Der Tradent will z. B. in unsicheren Zeiten sein Vermögen in starke Hände legen, oder er will in einem Rechtsstreite nicht als Partei auftreten und übergibt das strittige Vermögensobjekt einem andern, oder er hält es für angezeigt, eine Person nicht direkt zu beschenken und übermacht so die Vermögenswerte einem Dritten, während der eigentliche Begünstigte nur die Nutzung derselben haben soll etc.

Diese spezielle Uebergabe von Vermögenswerten heisst fiduziarische Uebergabe, und das dabei in Erscheinung tretende Rechtsgeschäft heisst das fiduziarische Rechtsgeschäft oder kurz Fiduzia. Der wirtschaftliche Inhalt dieses Rechtsgeschäftes ist die Anlage von Vermögenswerten bei einem Dritten, damit dieser Dritte die Werte in eigenem Namen, in der Regel zu Gunsten des Tradenten oder dann eines andern verwalte.[65]) Der Fiduziant übergibt dem Fiduziar ein Vermögen oder einen Vermögensteil, zugleich aber haben beide Parteien das Bestreben, dass das Uebertragene das Vermögen des Empfängers nicht vermehre.[66])

Es ist möglich, dass das fiduziarische Rechtsgeschäft auch im Interesse des Fiduziars liegt, so z. B. wenn der Fiduziar Gläubiger des Fiduzianten ist und von diesem an Stelle eines Pfandes eine Sache zu seiner Sicherstellung zu Eigentum bekommt oder wenn der Fiduziar durch eine reichliche Vergütung seiner Verwaltungsspesen bereichert wird. Dann spricht man von einem gemischten

65) Friedrich Paravicini Töndury, die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung, definiert in der Einleitung die Fiduzia wie folgt: «Die Fiduzia ist die Anlage und Verwaltung von Vermögen oder Vermögensteilen in eigenem Namen zu Gunsten Dritter.»

66) Pierre Aeby, L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse, in Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 31 neue Folge pg. 169: «L'acte fiduciaire consiste dans le transfert de choses ou droits, qui ne se propose pas économiquement l'augmentation du patrimoine de l'acquéreur mais poursuite au contraire d'autres buts».

fiduziarischen Rechtsgeschäft, im Gegensatz zum reinen Treuhandgeschäft, wo keine Vermögensvermehrung des Fiduziars stattfinden soll.[67])

Das ist also die wirtschaftliche Seite des fiduziarischen Rechtsgeschäftes. Das Bedürfnis zum Abschlusse von solchen Geschäften war nachweisbar schon bei den Römern und bei den Germanen vorhanden. Dieses wirtschaftliche Problem scheint in den Rechten der genannten Völker juristisch verschieden gelöst worden zu sein. In neuerer Zeit weisen das deutsche, französische und englische Recht ebenfalls verschiedene Lösungen auf.

§ 2. Die verschiedenen juristischen Konstruktionen der Fiduzia.

Wir haben oben gesehen, dass der Fiduzia bestimmte wirtschaftliche Motive zu Grunde liegen, und wir haben die daraus folgende wirtschaftliche Betätigung, nämlich die Vermögensübergabe zu treuen Handen, umschrieben. Es handelt sich nun darum, zu untersuchen, inwieweit mit Hilfe der juristischen Formengebung dieser Bestrebung auf rechtlichem Gebiet gedient werden kann. Das Problem ist folgendes: Ein Dritter soll nach aussen als Eigentümer auftreten im Interesse eines andern, dabei aber womöglich keine Vermögensvermehrung erfahren. Da ist einmal zu bemerken, dass dieser wirtschaftliche Erfolg in vielen Fällen durch ein Scheingeschäft erreicht werden kann. Dieses Scheingeschäft hat aber auch seine Nachteile.[68]) Mit der Simulation ist gerade demjenigen nicht gedient, der selbst ein wirtschaftliches Interesse hat an dem Treugut, das er verwaltet. Der Gläubiger-Fiduziar z. B. möchte zu seiner besseren Sicherstellung wirklicher und nicht bloss simulierter Eigentümer der zu seiner Deckung von ihm übernommenen Sache sein. Bei simulierter Eigentumsübergabe hat er gegenüber dem Gegenkontrahenten keine sichere verstärkte Rechtsstellung. Wir haben hier überhaupt nur zu untersuchen, wie der genannte wirtschaftliche Zweck rechtsgeschäftlich einwandfrei und sicher erreicht werden kann. Sowohl der Fiduziant wie der Fiduziar müssen gewisse Rechte zugeteilt bekommen, welche in ihrer Auswirkung den wirtschaftlichen Erfolg so gut wie möglich herbeiführen. Dabei muss in erster Linie die Frage gelöst werden, wem das Eigentum oder das Vollrecht am Treugut zukommen soll, oder ob sich vielleicht eine juristische Umgehung dieses Dilemmas finden lässt.[69])

---

67) So auch Leo Gerstle, das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Rechte, pg. 11.

68) Art. 20 OR, das simulierte Rechtsgeschäft ist nichtig inter partes.

69) Man könnte aprioristisch zur Ansicht kommen, dass der Fiduziar auf keinen Fall Eigentümer oder Vollberechtigter sein könne, da in der Regel sein Vermögen durch die Fiduzia in keiner Weise vermehrt werden soll. Diese Denkweise wäre falsch, Eigentum ist ein juristischer Begriff, kein wirtschaftlicher. Es gibt eine nuda proprietas, welche nicht Vermögen im wirtschaftlichen Sinne zu sein braucht.

Im folgenden möge die Behandlung dieses Problems in den alten und neuen Rechten resp. in älteren und neueren Lehren dargelegt werden.

I. Die Fiduzia im römischen Rechte.

Im römischen Rechte finden wir die Fiduzia als den Treuhändlervorbehalt, «durch welchen der Manzipationserwerber zum Wiederaufgeben des Empfangenen, insbesondere unter gewissen Umständen zur Rückemanzipation der Sache sich verpflichtete.»[70]) Der Manzipation, dem feierlichen Veräusserungsgeschäft, wurde ein formloses pactum conventum beigefügt, nach welchem der Manzipat versprach, das Empfangene nur zu treuen Handen zu nehmen. Die «Veräusserung» erfolgte nummo uno sestertio, also ohne wirklichen Kaufpreis. Diese Art Manzipation wurde u. a. gebraucht, um dem Fiduziar für eine Schuld Sicherheit zu geben. Als man die Pfandbestellung im römischen Rechte noch nicht kannte, wurde auf solche Weise Eigentum auf den Gläubiger übertragen mit der formlosen Abmachung, dass dasselbe nach erfolgter Bezahlung zurückmanzipiert werden soll. Das war die fiduzia cum creditore contracta.[71]) Das formlose pactum hatte als solches keine Rechtswirkung. Der Fiduziant war auf die Treue des Fiduziars angewiesen.[72]) Es wurde jedoch das pactum in der feierlichen Uebertragungsformel der nuncupatio, erwähnt. Deshalb konnte der römische Richter dazu kommen, dieses pactum zu berücksichtigen und den Treubruch zu bestrafen. Der Prätor gab eine actio fiduciae, auf welche Klage hin der Richter nicht nur das eigentliche Rechtsgeschäft, die Manzipation, sondern auch die vorliegenden Umstände, eben das Treuversprechen, in sein Ermessen ziehen konnte. Die infamierende actio fiduciae ging jedoch nur auf Kondemnierung desjenigen, welcher das Treugut zu Unrecht veräussert hatte, zur Schadenersatzleistung. Es gab also keine dingliche Klage gegen den Dritterwerber.[73])

II. Die Treuhand im germanischen Rechte.

Sie hat ihren Ursprung im Rechtsinstitut der Affathomie, der germanischen Erbeinsetzung. Im langobardischen Recht bestand die Erbeinsetzung darin, dass der Erblasser beim Thing dem einzusetzenden Erben einen Speer überreichen liess. Letzteres bedeutete Wehrhaftmachung und Emanzipation. Dann wurde der Emanzipierte adoptiert. Bei der salischen Affathomie war die Einverleibung des Erben in die Sippe des Erbeinsetzers nicht nötig, es fand Uebergabe des Vermögens an einen Treuhänder statt. Dieser Treuhänder

70) Sohm, Institutionen des römischen Rechtes, pg. 71.
71) Im Gegensatz zur Fiduzia cum amico contracta, wo vermittelst fiduziarischer Manzipation eine Sache dem Freunde zur Aufbewahrung oder zur Ausführung eines Mandates übertragen wurde.
72) daher der Ausdruck: fiducia.
73) Sohm, Institutionen, pg. 485.

(Salmann) verwaltete das Treugut zu Handen des eingesetzten Erben. Im Mittelalter wurde daraus der Testamentsvollstrecker. Der Salmann hatte die zweckbegrenzte Gewere am Nachlass. Er musste das Testament gegen Dritte aber auch gegen die Erben oder die Vermächtnisnehmer schützen.[74]) Da die Uebergabe des Erb- resp. Treugutes durch einen Formalvertrag öffentlich im Thing vor sich ging, so war es natürlich, dass der Anspruch auf Rückgabe des Treugutes ein dinglicher war. Nach der einen Ansicht war der Treuhänder Eigentümer des Treugutes, bei pflichtwidrigem Verhalten des Treuhänders sei eine dingliche Resolutivbedingung zu Gunsten des Treugebers wirksam geworden.[75]) Nach anderer Auffassung ist durch das Treuhandgeschäft das Eigentum nicht auf den Treuhänder übergegangen; der Treuhänder habe nur ein beschränktes dingliches Recht an der Sache des Treugebers gehabt.

III. Das englische Treuhandrecht

ist eine Weiterentwicklung des germanischen Treuhandrechtes. Nach der in der englischen Doktrin herrschenden Auffassung hat der Fiduziar, der trustee, Eigentum (legal ownership), während der Fiduziant ein umfassend geregeltes Billigkeitsrecht besitzt, das auch dingliche Wirkungen hat.[77]) Bei Treubruch, breach of trust, durch pflichtwidrige Veräusserung des Trustgutes hat der Treugeber (cestui que trust) eine dingliche Klage gegen den trustee, jedoch nicht gegen den gutgläubigen Dritten; das englische Treuhandgeschäft wirkt also wie im germanischen Rechte dinglich.[78]) Sogar der Gegenwert für widerrechtlich veräussertes Treugut ist dem Fiduzianten dinglich gesichert durch das Institut der Surrogation.[79]) Endlich hat der Treugeber im Konkurse des trustee das Aussonderungsrecht.[80])

74) Vergl. bezüglich der Entwicklung der Affathomie: Rudolf Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechtes, Leipzig 1913, pg. 654 und 666 ff.

75) So Alfred Schultze, der Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte, Jena 1901, pg. 10 ff., idem in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes, Bd. 43, 1901.

76) So Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechtes, I. Bd., pg. 215 ff.

77) Vergl. das führende Werk: Godefroi on the law of trusts and trustees, by Sidney Eward Williams, pg. 1 ff.

78) So Heymann, in der Enzyklopädie von Holtzendorff und Kohler, Ausgabe 1914, pg. 308 ff.: «Ueberblick über das englische Privatrecht». Siehe auch Williams, oben erwähnt, pg. 576: «the right to follow trust property . . . is subject to the restriction that if the property has been conveyed to a purchaser who has bona fide paid consideration for it . . . his claim cannot be set aside. But if by any means he have notice of the trust, he is subject to the general rule that trusts are enforced not only against those persons who rightfully are possessed of the trust property as trustees, but also against all persons who come into possession of the property bound by the trust with notice of the trust».

79) Siehe Williams, eodem, Chapitre XXXIV, pg. 564 ff, right to follow trust property.

80) Williams, eodem, Chapitre IV, effect of Bankruptcy of Trustee, pg. 37 ff.

IV. Der «prête-nome» im französischen Recht.

Das französische Recht kennt kein spezifisches Treuhandrecht. Der französischen Doktrin und Praxis ist nur der «prête-nome» bekannt. Dieser gilt nach aussen als Eigentümer, nach innen ist er jedoch nur Mandatar. Es liegt also ein verdecktes Mandat, ein dissimuliertes Rechtsgeschäft vor. In Wirklichkeit ist der «prête-nome» nur obligatorisch berechtigt.[81])

V. Die Auffassungen in der deutschen Doktrin und Praxis.

Die deutsche Jurisprudenz beschäftigte sich erst seit den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts intensiv mit der Fiduzia. Das germanische Treuhandrecht hat sich im deutschen Recht nicht so kräftig weiterentwickelt wie im englischen Rechte. Es wurde oben betont, dass der Salmann im mittelalterlichen Rechte zum Testamentsvollstrecker wurde. Die Rechte desselben sind jetzt im BGB, in den §§ 2197 ff festgelegt. Schultze [82]) sieht darin die Nachwirkung des germanischen Treuhandrechtes und konstruiert das Recht des Testamentsvollstreckers als beschränktes dingliches Recht desselben an fremder Sache. Auch der Vorerbe (§ 2139 BGB) ist nach Schultze [83]) Treuhänder und zwar Eigentümer unter einer Resolutivbedingung, die bei Treubruch, bezw. bei Ableben des Vorerben zu Gunsten der Nacherben wirkt. Schultze hält nun letztere Konstruktion der Treuhand im jetzigen deutschen Recht allgemein und für die mannigfaltigsten Zwecke für praktikabel. Das BGB verbietet jedoch ausdrücklich eine bedingte Auflassung oder Veräusserung von Grundstücken (§ 925 BGB). Schultze will diese Schwierigkeit durch die Vormerkung eines persönlichen Rückforderungsrechtes nach § 885 BGB beheben, welche Vormerkung aber bei einer Zwangsvollstreckung hinsichtlich des Grundstückes oder in einem Konkurse desjenigen, welcher dasselbe als Treuhänder zu Eigentum hat, keineswegs als Resolutivbedingung sich auswirkt.[84])

Nach der herrschenden Ansicht wird das Treuhandverhältnis in analoger Art wie im römischen Rechte konstruiert. Man akzeptierte die Konstruktion Regelsbergers [85]), nach welcher der Fiduziar

81) Vergl. Töndury, die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung, pg. 10.
82) Schultze, der Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte, Jena 1901, pg. 10 ff.
83) Schultze, eodem.
84) Der durch die Vormerkung Begünstigte wird in beiden Verfahren analog wie ein Pfandgläubiger behandelt, wobei natürlich alle früher eingetragenen, vorgehenden dinglichen Rechte am Grundstücke das vorgemerkte Rückforderungsrecht prävalieren. Der Begünstigte ist auf keinen Fall aussonderungsberechtigt.
85) Regelsberger, Pandekten, pg. 518 ff., Bd. I.

das volle Eigentum hat, während der Fiduziant nur obligatorisch auf Rückforderung der anvertrauten Sache berechtigt ist.[86])

Eine andere Konstruktion nach der Theorie des geteilten Eigentums oder der Duplizität des Eigentums, aufgestellt von Dernburg[87]), wird jetzt allseitig abgelehnt. Nach dieser Auffassung sollte nach aussen der Fiduziar Eigentümer sein, nach innen aber der Fiduziant. Diese Theorie verträgt sich jedoch schlecht mit dem Eigentumsbegriff, welcher die Wirkung des Eigentums gegen alle zur notwendigen Folge hat.[88])

Eine originelle aber unzulängliche Auffassung von der Fiduzia vertritt Heymann.[89]) Die fiduziarische Uebertragung soll nach ihm nichts anderes sein als eine Ermächtigung von Seiten des Fiduzianten nach § 185 BGB, und zwar die, dass der Fiduziar über das Eigentum oder über das Vollrecht des ersteren in eigenem Namen verfügen könne. Dagegen wird m. E. mit Recht eingewendet, dass die Ermächtigung nach § 185 BGB so wenig wie die Vollmacht ein exklusives, dingliches Recht gibt, und dass die Befugnis, ein fremdes Recht in eigenem Namen einzuklagen, nur in wenigen Fällen vom Gesetze anerkannt ist, auf keinen Fall aber von den Parteien geschaffen werden kann.[90])

---

86) Allerdings besteht dieses schuldrechtliche Rückforderungsrecht nicht bloss aus Billigkeit wie im römischen Rechte, sondern es ist die notwendige rechtliche Folge des obligatorischen Vertrages, welcher die causa des nachfolgenden Zuwendungsgeschäftes — Uebergabe zu treuen Handen — enthält. Dieses letztere Zuwendungsgeschäft hat als Rechtsgrund eine besondere causa, sagen wir die causa fiduciandi.

87) Dernburg, Pandekten, pg. 234, Bd. I., § 100.

88) Nicht durch Vertrag, sondern nur durch besondere gesetzliche Regelung kann die Duplizität des Eigentums oder eines Vollrechtes geschaffen werden. Vergl. z. B. im schweizerischen Rechte: Art. 204 SCHKG, Art. 717 ZGB und Art. 637 OR, Abs. 3.

89) Heymann, in der deutschen Juristenzeitung, Bd. 17 (1912), pg. 1509.

90) Vergl. die eingehende Widerlegung der letzterwähnten Theorie bei v. Tuhr, der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes, 1918, Bd. II., 2. Halbband, pg. 199, Anm. 73 und pg. 202. Die ausnahmsweise vom Gesetze gegebene Befugnis, im eigenen Namen fremde Rechte einzuklagen, wird nach Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Bd. I, § 49, pg. 323 Prozessstandschaft genannt. Eine solche Prozesstandschaft hat im deutschen Rechte z. B. der Ehemann beim Stande der Güterverbindung hinsichtlich des Frauenvermögens gemäss § 1380 BGB. Vergl. demgegenüber Art. 168 abs. 2 ZGB. Nach BGE 39, II, pg. 87 und 45 II, pg. 10 gibt diese Norm dem Ehemanne die Prozesstandschaft. Die diesbezügliche Argumentation scheint mir nicht schlüssig zu sein, sie vergewaltigt ohne zureichenden Grund den Wortlaut der Norm.

Die unüberwindliche Schwierigkeit bei der willkürlichen Prozesstandschaft liegt nicht so sehr in der Wirkung der materiellen Rechtskraft, als vielmehr in den Bestimmungen der positiven Prozessrechte über die Editionspflicht, die Zeugnisverweigerung, Zeugenablehnung, Geltendmachung von Ausstandsgründen, welche Bestimmungen einen engeren und strengeren Parteibegriff zur notwendigen Voraussetzung haben. Das Problem ist also ein prozessuales. Vergl. Förster und Kar, die Zivilprozessordnung Bd. I., Berlin 1913, pg. 169.

VI. Die Ansichten in der schweizerischen Literatur und Praxis.

Bei den schweizerischen Autoren sind die erwähnten deutschen Theorien über das Treuhandverhältnis auch vorhanden.[91])

Die Auffassung der Fiduzia als ein Rechtsgeschäft, das Eigentums- oder Vollrechtsübergang zur Folge hat, jedoch gemäss den Abmachungen oder allgemein bei pflichtwidrigem Verhalten des Fiduziars dem Fiduzianten ein obligatorisches Rückforderungsrecht gibt, ist aber auch in der schweizerischen Doktrin und Praxis die herrschende.[92])

---

91) Töndury, die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung, pg. 51 ff., hält sowohl die germanische Konstruktion (Vollrechtsübergang mit Resolutivbedingung) als auch die dem römischen Rechte verwandte Auffassung (Vollrechtsübergang mit obligatorischer Rückforderungsmöglichkeit von Seite des Fiduzianten) im schweizerischen Rechte für möglich. Die Auffassung des Treuhandrechtes als eines beschränkten dinglichen Rechtes an der Sache des Fiduzianten lehnt Töndury ab, ein solches Recht könne bei Immobilien im Grundbuche gar nicht eingetragen werden, da hinsichtlich der beschränkten dinglichen Rechte an fremder Sache ein numerus clausus bestehe. Töndury berührt damit eine strittige Frage. Sicher ist, dass ein entsprechendes dingliches Recht dem Fiduzianten die Befugnis, in eigenem Namen aufzutreten, resp. die Prozesstandschaft nur dann vermitteln könnte, wenn dies gesetzlich besonders statuiert würde. Bezüglich der Konstruktion: Vollrechtsübergabe unter einer Resolutivbedingung, ist zu sagen, dass das schweizerische Recht wie das deutsche die bedingte Uebereignung von Grundstücken nicht zulässt. (von Tuhr, der allgemeine Teil des schweizerischen Obligationenrechtes, II. Halbband, pg. 648, Note 53.) Die Vormerkungen nach Art. 959 ff. ZGB haben keine Resolutivwirkung zur Folge. Speziell der Rückkauf ohne Rückkaufspreis würde, wenn vielleicht auch zulässig, nur ein unzulänglicher Notbehelf sein.

Genau wie Heymann (siehe Fussnote 89) fasst Eugen Huber, zum schweizerischen Sachenrecht, pg. 69 ff., die Rechtsstellung des Fiduziars als «dingliche Vertretungsmacht ohne dingliches Recht» auf, mit der Besonderheit, dass der Fiduziar wohl nach aussen nicht jedoch nach innen Eigentum habe. Gerstle Leo, das reine Treuhandgeschäft, pg. 152 ff, spricht von einem exklusiven Verwaltungsrecht und von einer Verwaltungsmacht, als zwei besonderen Privatrechten, die in der Treuhand auf Seite des Fiduziars zum Vorschein kommen. Dabei ist Gerstle wie Huber der Ansicht, dass dieses «Verwaltungsrecht» kein dingliches Recht an fremder Sache zur Voraussetzung habe. Entgegen Huber meint Gerstle, dass der Fiduziar nach aussen für sein Verwaltungsrecht keiner Form bedürfe. Die Ansichten beider Autoren fussen auf der Theorie der willkürlichen Prozesstandschaft. Huber scheint auch die Theorie der vertraglichen Teilung des Eigentums zu vertreten.

92) In BGE II No. 15, pg. 109 ist die Dernburg'sche Theorie von der Duplizität des Eigentums ausdrücklich abgelehnt worden. Im gleichen Entscheid ist vom Bundesgericht die Konstruktion Regelsbergers (Vollrechtsübergabe mit obligatorischer Rückforderungsmöglichkeit ab Seite des Fiduzianten) akzeptiert worden. BGE 34 II, pg. 756 ff neigt wieder zur Theorie von Dernburg. In BGE 39 II, No. 136, pg. 180 ff wurde die Theorie vom geteilten Eigentum dann aber endgültig abgelehnt. Siehe auch BGE 43 III, pg. 342 ff.

In der Doktrin tritt entschieden für die herrschende Auffassung ein: Pierre Aeby, l'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse, in Zeit-

§ 3. Die fiduziarische Uebertragung von Wertpapieren im besondern nach den verschiedenen Theorien.

Auch hinsichtlich der fiduziarischen Uebertragung von Wertpapieren im besonderen hat man in der deutschen und schweizerischen Doktrin so ziemlich alle Konstruktionen versucht. Dabei vertreten alle Autoren die gemeinsame Idee, dass eine Uebergabe mit Vollindossierung die unbedingte Voraussetzung der fiduziarischen Tradition der Wertpapiere sei.[93]) Denn darüber ist man sozusagen einig, dass bei der fiduziarischen Uebermittlung von Wertpapieren Eigentumsübergabe oder wenigstens die äussere Form derselben, eben dass Vollindossament, notwendig ist. Der Fiduziar muss nach aussen Eigentum geltend machen können oder wenigstens eine genügende Legitimation aufweisen.

Es darf nicht ausser acht gelassen werden, dass seit dem Zeitpunkt, da man in der Literatur das Problem der Fiduzia überhaupt erörterte, gerade die Frage der fiduziarischen Uebertragung von Wertpapieren als eine wichtige, wenn nicht als die wichtigste betrachtet wurde. Besonders die treuhänderische Uebereignung von Wertpapieren zu blossen Inkasso- oder Sicherungszwecken war dabei immer im Vordergrunde der wissenschaftlichen Erörterungen.

I. Die Theorie von der Duplizität des Eigentums.

Diese Theorie wurde nicht nur in Deutschland, sondern noch vor kurzem auch in der Schweiz, und zwar besonders zur Erklärung der fiduziarischen Wertpapierübereignung vertreten.[94])

Eine spezielle Anschauung bezüglich des rechtlichen Charakters des Indossamentes war zweifellos das treibende Moment zur Entfaltung der Theorie von der Duplizität des Eigentums oder des Vollrechtes. Es wurde nämlich eine Zeit lang die Auffassung vertreten, das Indossament übertrage mit Notwendigkeit das Eigentum am Wertpapier und die darin verkörperte Forderung.[95]) In logi-

schrift für schweizerisches Recht, Bd. 31, neue Folge, pg. 150 ff. Konzis und klar verteidigt er die herrschende Konstruktion vor dem Vorwurfe der Simulation, indem er dartut, dass der Vollrechtsübergang von den Parteien in ganz natürlicher Weise eben gewollt sein kann. Vergl. diesbezüglich auch BGE 31 II, No. 15, Erw. 3, welcher Entscheid ausdrücklich zwischen der Simulation und der Fiduzia unterscheidet.

93) Eine Ausnahme macht Gerstle, das reine Treuhandgeschäft, pg. 154, der für das fiduziarische Verwaltungsrecht keinen Eigentumsübergang und auch keine entsprechende Form voraussetzt.

94) Alfred Wieland, in Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge, Bd. 25, pg. 353 ff und 381 ff: Indossament und Cession bei der Verpfändung von Ordrepapieren. Wieland nimmt bei der Vollindossierung von Wechseln etc. zu Sicherungszwecken nach aussen Eigentum, nach innen blosse Pfandbestellung an.

95) So z. B. Werthauer, der fiduziarische Indossatar und die Einrede des dolus im deutschen Wechselrecht, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 (1886) pg. 628 ff. So auch von den schweizerischen Autoren: Rossel, manuel du droit civil suisse, tome 3, pg. 775, ferner, wenn auch nicht sehr entschieden, Hafner, das schweizerische Obligationenrecht, Lausanne, Zürich 1905, zu Art. 728 OR.

scher Folge würde auch die Vollindossierung von Papieren zu blossen Inkasso- oder Sicherungszwecken notwendigerweise den Eigentumsübergang an diesen bewirken. Dabei wäre aber der Wille der Parteien, die trotz der Vollindossierung nur ein einfaches Auftragsverhältnis bezw. eine blosse Verpfändung und keinen Eigentumsübergang wollten, gänzlich ausser acht gelassen. Um diese Härte zu umgehen, behalf man sich mit der Theorie, dass z. B. bei der Vollindossierung zu blossen Inkassozwecken nach aussen wohl Eigentum übergehe, nach innen aber nur ein Mandatverhältnis geschaffen werde.[96])

Soviel von der Verlegenheitstheorie der vertraglichen Duplizität des Eigentums. Sie ist, weil gegen die fundamentalsten Rechtsbegiffe verstossend, allgemein und als Konstruktion der Fiduzia abzulehnen. Die Theorie wäre wahrscheinlich nie aufgestellt worden, wenn man allseitig das Wesen des Indossaments immer richtig verstanden hätte.[97])

II. Die resolutiv bedingte Vollrechtsübergabe.

Schultze [98]) hält die germanische Treuhand besonders auch im Wertpapierrecht für möglich. So liege bei der Vollindossierung zu blossen Inkassozwecken nichts anderes als eine Uebergabe des Wertpapieres unter einer Resolutivbedingung vor. Schultze sagt richtig, dass das Vollindossament eine Resolutivbedingung nicht etwa verunmögliche. Eine dinglich wirkende Resolutivbedingung mit der Wirkung, dass ein indossables Wertpapier beim Eintritt der Bedingung ohne weiteres an den Indossanten zurückfällt, ist zweifellos rechtlich möglich.[99]) Gänzlich verfehlt wäre es jedoch, mit

96) So Wolff, die Einreden im Wechselverfahren, in Siebenhaars Archiv, Bd. 15, pg. 113 ff (vom Jahre 1866), ferner Dernburg: Lehrbuch des presusischen Privatrechtes, Bd. 2, 5. Auflage, Halle 1897, § 117 Anm. 8, pg. 298. Letzterer betont ausdrücklich, dass der Mandant bei der Fiduzia ja eigentlich nicht Eigentum übergeben will, dass aber nach aussen wenigstens in notwendiger Folge Eigentum übergehe.

97) Die Ansicht, wonach das Vollindossament an und für sich mit Notwendigkeit Eigentum übertrage, ist überwunden. Die herrschende Auffassung geht dahin, dass zur Uebertragung eines Wertpapieres zu Eigentum ein Begebungsvertrag d. h. die Einigung darüber, dass Eigentum übergehen soll, notwendig ist wie bei allen andern Sachen. Nach dieser Auffassung ist es also möglich. dass trotz Besitzesübertragung und Vollindossierung das Eigentum am Wertpapier immer noch beim Indossanten sein kann. Vergl. von Hospenthal, die Wirkungen des Indossamentes, pg. 61. In der deutschen Literatur: Fuss, die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, pg. 83 ff. Gierke, deutsches Privatrecht, Bd. II, pg. 150; Grünhut, Wechselrecht, Bd. II, pg. 148, No. 14; Staub-Stranz, Kommentar zur DWO, pg. 149 zu Art. 36.

98) Schultze, der Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte, in Jherings Jahrbüchern f. d. Dogmatik des bürgerlichen Rechtes, Bd. 43 I. Folge, pg. 54.

99) So auch Töndury, die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung, pg. 70 und Gierke, deutsches Privatrecht, Bd. II, pg. 152, No. 44. Der Indossant hat eine dingliche Klage auf Rückgabe resp. Herausgabe.

Schultze anzunehmen, dass bei Vollindossierung zu Inkassozwecken ohne weiteres eine Uebergabe unter Resolutivbedingung in Betracht komme. Dies kann inter partes wohl im Einzelfall vertraglich abgemacht werden, ist aber im allgemeinen nicht zu vermuten. Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen sind beim heutigen fiduziarischen Rechtsgeschäft denn doch ganz andere als in germanischer Zeit. Damals wurden die Treuhandgeschäfte öffentlich vorgenommen, wobei der Treuhänder im Beisein der Volksgenossen sich zur Treue verpflichten musste.. Auf diesem Boden ist ein dinglicher Rückfall des Treugutes bei Treulosigkeit des Fiduziars leicht erklärlich. Das moderne Treuhandgeschäft aber wickelt sich nicht in der Oeffentlichkeit ab, ja es würde in vielen Fällen eine Kenntnisnahme von demselben durch einen Dritten den Parteien sehr unerwünscht sein. Die Uebergabe unter einer auflösenden Bedingung ist ein Rechtsbehelf, der wenigstens bei Mobilien und so auch bei Wertpapieren rechtlich möglich und für fiduziarische Zwecke geeignet ist; aber diese besondere Abmachung unter den Parteien ist strickte zu beweisen [100]) oder muss sich wenigstens aus den Umständen des Enzelfalles ergeben.

III. Der Fiduziar als Nichteigentümer in eigenem Namen dinglich verfügungsberechtigt.

Die schon erwähnte Theorie, nach welcher der Fiduziar, ohne ein dingliches Recht besitzen, dinglich verfügungsberechtigt wäre, wird in gleicher Weise wie bei den andern Sachen auch auf die Wertpapiere angewendet. Sie ist auch für das Wertpapierrecht zu verwerfen. Auch hier kann vertraglich keine Prozesstandschaft geschaffen werden. Der Indossatar, welcher die Forderung aus dem Papier einklagt, muss entweder Eigentümer oder dann Vertreter desselben sein; auch als Nutzniesser oder als Pfandberechtigter muss er sich auf das Recht des Gläubigers aus dem Wertpapier stützen; der Indossatar kann nur sein eigenes Recht geltend machen, oder er muss ein fremdes Recht gestützt auf einen besonderen Rechtstitel in Anspruch nehmen. Die Geltendmachung eines fremden Rechtes im e i g e n e n Namen ist auch hier, von gesetzlichen Ausnahmefällen abgesehen, unmöglich.[101]) Dies gilt speziell auch für die Inhaberpapiere. Wenn auch der Inhaber eines solchen Papiers die Vermutung für sich hat, Eigentümer und so Gläubiger zu sein (Art. 846 OR), so enthebt ihn das nicht der prozessualen Verpflichtung, den wahren Gläubiger zu nennen.[102])

100) Die gleiche Ansicht teilt v. Tuhr, der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes, Bd. II, 2. Halbband, pg. 198.

101) Auch die Konstruktion eines beschränkten dinglichen Rechtes an fremder Sache zu solchen vertraglichen Prozessstandschaftszwecken ist wie im allgemeinen so auch im Wertpapierrecht unmöglich.

102) Dies gilt wenigstens für das schweizerische Recht (Art. 846 OR). Für das deutsche Recht vergl. v. Tuhr, der allgemeine Teil des deutschen bürger-

Staub [103]) meint, bei der Vollindossierung zu Inkassozwecken gehe das Eigentum am Wertpapiere nicht auf den Inkassoindossatar über; das Inkassoindossament sei nur äusserer Schein. Es liege jedoch vom Standpunkte der Indossamentslehre aus eine ungewöhnliche Sonderrechtsnachfrage vor. Dieses Inkassovollindossament sei teils Voll- teils Inkassoindossament. Jacobi [104]) ist der Ansicht, dass der mit Vollindossament legitimierte Pfandgläubiger oder Inkassomandatar das Recht habe, die mit dem Wertpapier verbundene Forderung in eigenem Namen einzuklagen. Er spricht auch von einem besonderen Inkassorecht. Gegenüber beiden Autoren muss wiederholt werden, dass die heutigen Privat- und Prozessrechte so etwas nicht zulassen.

IV. Die Vollrechtsübergabe mit bloss persönlicher Rückforderungsmöglichkeit.

Die herrschende Ansicht geht dahin, dass bei fiduziarischer Uebertragung von Wertpapieren das Eigentum am Papiere und somit auch das volle Forderungsrecht auf den Indossatar-Fiduziar übergeht, wobei der Fiduziant nach Erfüllung des angestrebten Zweckes oder bei Treulosigkeit des Fiduziars nur ein persönliches Rückforderungsrecht resp. ein Recht auf Schadenersatz hat.[105]) Diese Konstruktion wird von ihren Verteidigern speziell auch angewandt auf die Tatbestände der Vollindossierung eines Wertpapiers zu Inkasso- oder Sicherungszwecken.[106])

---

lichen Rechtes, Bd. II, 2. Halbband, pg. 207, § 207. Nach v. Tuhr kann jeder berechtigte Inhaber, ohne Eigentümer zu sein, die Forderung aus dem Inhaberpapier in eigenem Namen einklagen (§ 793 BGB).

103) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Bd., 1. Halbband, pg. 347, Anmerkung 16.

104) Siehe bei v. Hospenthal, die Wirkungen des Indossamentes, pg. 19 und 60 ff.

105) Siehe die unter Fussnote 92 angeführte Praxis und Literatur.

106) BGE 31 II, No. 15, pg. 109 führt ausdrücklich die Vollindossierung zum Inkasso an und legt derselben die herrschende Konstruktion der Fiduzia zu Grunde.

III. KAPITEL.

Die Aussonderung von fiduziarisch übertragenen Werten.

Nachdem die verschiedenen Konstruktionen der Fiduzia besprochen worden sind, befassen wir uns mit der Frage der Aussonderungsmöglichkeit hinsichtlich des Treuhandgutes. Im Interesse einer allseitigen Würdigung dieses Problems wird auch hier das Hilfsmittel der Rechtsvergleichung herangezogen, und es soll sich die Untersuchung nicht nur mit der herrschenden Konstruktion der Fiduzia, sondern auch mit den andern Auffassungen von der Treuhand und deren Einfluss auf die Aussonderungsmöglichkeit auseinandersetzen.

§ 1. Die Frage der Aussonderung bei der Fiduzia mit Konstruktionen, die von der herrschenden Doktrin abgelehnt werden.

1. Bei der Fiduzia als doppeltem Eigentum.

Der Fiduziar wäre hier Eigentümer nach aussen und blosser Besitzer nach innen. Angenommen, dass so etwas vertraglich fixiert werden könnte, dürfte die Aussonderung nicht gestattet werden, denn die Gläubiger des Gemeinschuldners und Fiduziars sind nicht Rechtsnachfolger desselben, sondern Dritte, deren Beschlagsrecht eben das «Eigentum des Fiduziars nach aussen» treffen würde.[107]) Die Anhänger der Theorie von der vertraglich bestimmbaren Duplizität des Eigentums wollen jedoch gerade mit Hilfe ihrer Konstruktion eine Aussonderung ermöglichen. Nach deren Ansicht würde gegenüber Dritten, welche nachträglich von der inneren Abmachung Kenntnis bekämen, auch dieses Eigentum nach aussen dahinfallen. Dies würde auch für den Gläubiger des Gemeinschuldners und Fiduziars gelten. Dieser könne nicht mehr Rechte haben als der Gemeinschuldner selbst.[108]) Letztere Argumentation zeigt so recht die Unzulänglichkeit der gekünstelten Theorie, die juristische Grundbegriffe wie den des Eigentums von vorneherein ausschaltet.[109])

---

107) So auch C. Jaeger, Kommentar zum SCHKG, zu Art. 197, Note 4 c.

108) Vergl. die diesbezügliche Argumentation bei Aeby, l'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse, pg. 191.

109) v. Tuhr, der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes ,Bd. II, 2. Halbband, pg. 202, § 77; v. Tuhr bekundet die Ansicht, dass die Theorie von der vertraglichen Duplizität des Eigentums eigens zu dem Zwecke aufgestellt worden sei, um die Aussonderung von fiduziarisch übertragenen Werten zu ermöglichen.

II. Die Aussonderungsmöglichkeit bei der Fiduzia als dingliche Verfügungsmacht ohne dingliches Recht oder als beschränktes dingliches Recht des Fiduziars.

Bei den genannten Konstruktionen wäre der Fiduziar nicht Eigentümer, und die Aussonderung des Treugutes müsste daher gestattet werden. Wenn der Fiduziar-Kridar ein eigenes Interesse hätte an dem Treuhandgeschäft, wenn er z. B. Pfandgläubiger wäre, müsste die Masse zuerst schadlos gehalten werden.

III. Die Aussonderung von Treuhandgut, das dem Fiduziar resolutiv bedingt übergeben wurde.

Die herrschende deutsche Doktrin gestattet eine Aussonderung solcher Vermögenswerte, die nach vertraglicher Abmachung bei einer Gefährdung in der Hand des Verwahrers oder Treuhänders eo ipso an den Tradenten zurückfällt.[110]) Allerdings kann nach klarer Gesetzesvorschrift (§ 925 BGB) nur bewegliches, nicht unbewegliches Gut bedingt übergeben werden.

Fraglich ist, ob im schweizerischen Rechte Treuhandgut, welches unter der oben erwähnten Resolutivbedingung übergeben wurde, ohne weiteres ausgesondert werden kann. Kein Hindernis wäre Art. 202 SCHKG, welcher den Kaufvertrag und nach Analogie auch den Tausch- und Werkvertrag berührt und den ausdrücklich vorbehaltenen Rücktritt vom Vertrage im Konkurse des Käufers, des Bestellers etc., als unwirksam erklärt. Bei diesem Tatbestand handelt es sich um Rücktritt wegen Nichterfüllung der Gegenleistung und nicht um einen bedingten dinglichen, sondern um einen bedingten obligatorischen Vertrag.[111]) Schwierigkeiten bereitet jedoch Art. 715 ZGB, welcher bestimmt, dass der Vorbehalt des Eigentums an einer beweglichen Sache, wenn er gültig sein soll, öffentlich registriert werden müsse. Der Ausdruck «Vorbehalt des Eigentums» bedeutet dem Wortsinne nach Eigentumsübergabe unter einer aufschiebenden Bedingung. Es bedarf aber keiner weiteren Erörterung, dass eine Umgehung der genannten Bestimmung durch Setzung einer Resolutivbedingung nicht zulässig sein kann. Art. 715 ZGB hätte sonst minimen Wert. Die Folgerung in-

110) So v. Tuhr, der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes, II. Bd., 2. Halbband, pg. 201, Anm. 85: «Ein Aussonderungsrecht hat der Fiduziar nur dann, wenn die Uebertragung des Rechtes unter auflösender Bedingung erfolgt und die Bedingung eingetreten ist». Ebenso E. Jäger, Komm. zur DKO, § 43, pg. 673, Anm. 41; v. Sarwey, die Konkursordnung f. d. deutsche Reich, Berlin 1896, pg. 303 zu § 35 geht noch weiter: «Aussonderung ist möglich, wenn eine Resolutivbedingung, die den Eigentumsrückfall veranlasst, erst nach der Konkurseröffnung eintritt. Bei der Konkurseröffnung ist ein dinglicher Anspruch da».

111) So E. Jäger zu § 26 DKO, Anm. 50, wo er ausdrücklich betont, dass trotz § 26 DKO ein resolutiv bedingter Eigentumsrückfall beim Abzahlungsgeschäft möglich sei.

dessen, wonach dieser Artikel die Uebertragung von Treugut unter einer auflösenden Bedingung allgemein verunmögliche, müsste als eine voreilige bezeichnet werden. Absatz 1 des genannten Artikels spricht von einem bedingten Erwerbe von beweglichen Sachen Absatz 2 desselben normiert, dass beim Viehhandel jeder Eigentumsvorbehalt ausgeschlossen sei. Dies deutet darauf, dass Art. 715 ZGB nur vom entgeltlichen Erwerb handelt. In der Tat wird der Artikel von der Theorie wie in der Praxis in diesem Sinne interpretiert, nämlich so, dass die Bestimmung nur für solche Rechtsgeschäfte in Betracht kommt, wo der Eigentumsvorbehalt als Vorsichtsmassregel und zum Schutze gegen allfällige Nichterfüllung von Gegenleistungen angewandt wird.[112]) Eine auflösende Bedingung ist daher m. E. bei der Uebertragung von Treugut ohne weiteres wenigstens dann möglich und wirksam als Aussonderungsgrund, wenn damit keine solche Sicherung für die Erfüllung von Gegenleistungen in Frage kommen kann, wie z. B. auch eine resolutiv bedingte Uebereignung einer beweglichen Sache schenkungshalber ohne weiteres möglich zu sein scheint. Eine bedingte Uebergabe von liegendem Gute aber ist im schweizerischen wie im deutschen Rechte nicht zulässig. (Siehe Fussnote 91.)

§ 2. Die Aussonderung bei der Fiduzia, wie sie von der herrschenden Lehrmeinung aufgefasst wird.

I. Nach deutscher Praxis und Doktrin, wonach die Aussonderung zulässig ist.

Die Aussonderung von fiduziarisch tradierten Werten wird in der deutschen Praxis durchwegs und in der deutschen Doktrin überwiegend gestattet, resp. für möglich gehalten. Es ist interessant, zu beobachten, wie dies von den deutschen Autoren mit den verschiedensten Argumenten zu begründen versucht wird. So stützen sich die einen auf die Protokollerklärung von Seiten einer Kommissionsminderheit bei der Beratung der DKO, wonach trotz Nichtaufnahme des preussischen Artikels über die Wertpapieraussonderung diese doch möglich sein soll nach § 35 (jetzt § 43) DKO, wo normiert ist, dass Gegenstände, die dem Schuldner nicht gehören, ausgesondert werden können.[113]) Da die Protokollerklärung ohne Widerspruch blieb, wird angenommen, § 43 DKO sei damit in der Weise authentisch interpretiert worden, dass gestützt auf diesen Paragraphen fiduziarisch tradierte Wertpapiere, ja überhaupt treuhänderisch übertragene Werte ausgesondert werden könnten.[114]) Diese Auffassung wird indessen mehrheitlich abgelehnt. Mit der Er-

112) BGE 43 III, No. 34, pg. 173. Leemann, Komm. zum schweizerischen Sachenrecht, zu Art. 715 ZGB III, No. 5, pg. 332.

113) Vergl. die Darstellung der bezüglichen Verhandlungen bei Sarwey, zitiert in Fussnote 33.

114) So Felix Sieburg, das Aussonderungsrecht, pg. 14 ff, so auch das Reichsgericht: siehe Seuffert, Archiv f. Entscheidungen der obersten deutschen Ge-

klärung zu Protokoll sei nur eine doktrinelle Ansicht vorgebracht worden und diese Meinungsäusserung entbehre der Erfordernisse einer authentischen Interpretation.[115])

Eine andere Ansicht geht dahin, die Wendung in § 43 DKO: «Aussonderung eines dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstandes» bedeute, dass es gestattet sei, jeden Gegenstand, über den der Gemeinschuldner nicht frei verfügen könne, auszusondern. Ueber das Treugut könne der Treuhänder nicht frei verfügen, dasselbe gehöre ihm nicht, also müsse die Aussonderung des Treugutes zulässig sein.[116]) Bei solcher Argumentation vergisst man aber, dass der Kridar bezüglich des Treugutes nach herrschender Auffassung eben nicht dinglich, sondern nur schuldrechtlich zu gewissen Handlungen resp. Unterlassungen verpflichtet ist. Diese Verpflichtungen haben nach allgemeiner Regel bei deren Nichteinhaltung die Haftung für den daraus entstehenden Schaden zur Folge, was dem Geschädigten nur eine Konkursforderung, jedoch keinen Aussonderungsanspruch vermittelt.[117]) Es ist also gänzlich falsch, die Aussonderung von Treugut rechtlich auf das Bestehen einer obligatorischen Rückgabeverpflichtung des Gemeinschuldners stützen zu wollen.

Eine dritte Richtung will die Aussonderung von Treugut nach Analogie von § 392 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches zulassen. Dieser Paragraph bestimmt u. a., dass im Konkurse des Kommissionärs die ausstehenden Forderungen aus dem Kommissionsgeschäft nicht etwa zum Konkurssubstrat desselben gehören, sondern dem Kom-

---

richtshöfe z. B. Bd. 55, No. 191, pg. 376, ferner Staub, Komm. zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, 2. Halbband, pg. 448 zu § 368.

115) Die Aussonderung von fiduziarisch tradierten Werten (begeben nach der herrschenden Konstruktion!) stellt eine Ausnahme von der allgemeinen Regel dar, dass alles Eigentum des Kridars zum Konkurssubstrat gehört, und müsste als lex specialis im Gesetze ausdrücklich gestattet sein.

116) So Felix Sieburg, das Aussonderungsrecht, pg. 14 ff; ähnlich Wiesing, das Aussonderungsrecht im Konkurs, pg. 21 ff. Letzterer meint, das obligatorische Veräuserungsverbot bei der Fiduzia müsse vom Konkursverwalter respektiert werden. Der Fiduziant sei in der Lage, durch eine Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozessordnung resp. durch eine Klage auf eine künftige Leistung nach § 259 DCPO eine Admassierung zu verhindern. Nach Wiesing würden die Gläubiger dolos handeln, falls sie nicht gemäss den Verpflichtungen des Fiduziars mit dem Treugut umgehen sollten. Die Gläubiger können nicht mehr Rechte haben als der Schuldner, sagt Wiesing, und meint mit diesem ohnehin falschen Argument die Frage zu lösen.

Oppenheimer, die fiduziarische Eigentumsübertragung, pg. 49, kommt aus gleichen Gründen zur Ansicht, dass die Konkursmasse bei einer Verwertung von Gegenständen, die dem Kridar nur fiduziarisch gehören, ungerechtfertigt bereichert sei. Der Fiduziant habe daher ein Aussonderungsrecht.

117) Auch der vertraglich vorbehaltene Rücktritt vom Kaufvertrage und die daherige Rückforderung der übergebenen Sache ist im Konkurse des Käufers gemäss Art. 212 SCHKG ohne Wirkung. Gerade das Bestehen dieser Norm zeigt deutlich, wie der Gesetzgeber angelegentlich dafür sorgt, dass die einschneidende Regelung, wonach schuldrechtliche Ansprüche nur einfache Konkursforderungen zur Folge haben, nicht durchlöchert wird.

mittenten zustehen, wenn auch diese Forderungen dem Kommittenten nicht abgetreten worden sind. Kohler [118]) hält dafür, dass diese Begünstigung des Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs durch eine gesetzlich gegebene vindicatio utilis bewerkstelligt worden sei. Kohler will damit sagen, die Begünstigung des Kommittenten ergebe sich nicht wegen strenger Rechtserwägungen, sondern aus Gründen der Billigkeit. Die gleichen Billigkeitsgründe führen nach der Ansicht Kohlers zu einer Aussonderung von Treugut im Konkurse des Treuhänders, und zwar so, dass § 392 Abs. 2 HGB zu Recht analog angewendet werden könne. Wie bei der Kommission handle es sich bei der Treuhand um ein Auftragsverhältnis. Dagegen wird meines Erachtens richtig vorgebracht, dass bloss auf Grund von rechtspolitischen Motiven die Erweiterung einer Ausnahmebestimmung nicht zulässig sei.[119])

Eine vierte Richtung, lange Zeit unterstützt durch das Reichsgericht, vertritt die Auffassung, der Fiduziant habe das wirtschaftliche oder materielle Eigentum», während dem Fiduziar nur das «juristische oder formelle Eigentum» zukomme.[120]) Eine solche Argumentation verlässt jedoch das Gebiet der Jurisprudenz, indem sie den Begriff des Eigentums aufhebt. Eigentum nur der Form nach ist juristisch eine Unmöglichkeit, dasselbe hat rechtlich notwendigerweise immer einen materiellen Inhalt. Der Ausdruck «formelles Eigentum» enthält daher eine contradictio in adjecto. Der regelmässige Endzweck der Fiduzia: Verwaltung des Treugutes im Interesse des Fiduzianten und die in der Regel in Erscheinung tretende Wiedererlangung des Treugutes durch den Fiduzianten könnten ein Wahrzeichen sein, dass das Eigentum beim Fiduzianten ist, das Auftreten des Treuhänders im eigenen Namen gibt jedoch den Ausschlag. Soll dies auch prozessual einwandfrei ermöglicht werden, so muss der Fiduziar notwendigerweise Eigentümer des Treugutes sein.

In letzter Zeit hat man erkannt, wie alle die genannten Versuche der strengrechtlichen Begründung der Treugutaussonderung unzulängliche sind, und man hat sich darauf beschränkt, zu konstatieren, dass die Praxis seit Jahrzehnten die Aussonderung von Treugut zugelassen hat und dass dies der Billigkeit entspricht.[121])

---

118) In Jherings Jahrbüchern f. d. Dogmatik des bürgerlichen Rechtes, Bd. 16, pg. 348.

119) So auch Oppenheimer, die fiduziarische Eigentumsübertragung, pg. 46. Wiesing, das Aussonderungsrecht im Konkurs, pg. 20, sagt, die Begünstigung des Komittenten sei gesetzestechnisch durch eine Fiktion bewerkstelligt worden, etwas ähnliches zu Gunsten des Fiduzianten liege nicht vor. Ablehnend auch Fuss, die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, pg. 135, ferner Regelsberger, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 63, pg. 188.

120) Fritz Goltz, das fiduziarische Rechtsgeschäft, pg. 85 ff, vergl. die dort zitierte Literatur.

121) So E. Jäger, Komm. zur DKO, § 43, pg. 671, wo er sagt, dass die erwähnte Protokollierung zu § 36 (jetzt § 43) DKO keine authentische Interpretation

Es gibt nun allerdings auch Autoren, welche eine Aussonderung von Treugut im Konkurse des Treuhänders für unzulässig halten. Diese stützen sich gerade auf die herrschende Konstruktion der Fiduzia, wonach der Fiduziant nur ein obligatorisches Rückforderungsrecht und folgerichtig im Konkurse des Treuhänders nur eine gewöhnliche Konkursforderung hat. Dabei lassen diese Autoren dahingestellt, ob eine Aussonderung der Billigkeit entsprechen würde, und beschränken sich darauf, festzustellen, dass die heutige positive Gesetzgebung eine Ausnahmebestimmung, wonach die Aussonderung von Treugut gestattet würde, nicht aufweist.[122])

Die Praxis aber hat diese Bedenken überwunden und die Aussonderung von Treugut durchwegs gestattet.

II. Nach österreichischer Praxis und Doktrin, wonach die Aussonderung ebenfalls gestattet wird.

In der österreichischen Doktrin wird die Fiduzia nach deutschem Vorbilde als resolutiv bedingte Eigentumsübergabe oder dann als volle Eigentumsübergabe mit bloss obligatorischem Rückforderungsrecht des Fiduzianten konstruiert.[123]) Die Aussonderung von Treugut wird von der österreichischen Praxis allgemein gestattet.[124]) In der Doktrin versucht man die Aussonderung rechtlich zu begründen. So stützt man sich auf § 10 OEKO[125]), welcher lautet: «Soweit in der Konkursordnung nichts anderes bestimmt ist, gelten die für die Absonderungsgläubiger geschaffenen Bestimmungen auch für die persönlichen Gläubiger, die zur Sicherung ihrer Ansprüche bestimmte Vermögensstücke des Gemeinschuldners, insbesondere Buchforderungen erworben haben.»

Dieser Paragraph regelt speziell die Rechte derjenigen Chirographargläubiger, die durch fiduziarische Eigentumsübergabe oder fiduziarische Zession von Buchforderungen durch den Gemeinschuldner sichergestellt wurden. Es hatten sich vor der Schaffung dieser Norm in Oesterreich insofern Missbräuche eingeschlichen,

---

sei, welche die Aussonderung von Treugut im Konkurse des Treuhänders ermögliche, dass aber diese Erklärung die tatsächliche Grundlage einer ständigen Rechtssprechung gegeben habe, wonach die Aussonderung aus Gründen der Billigkeit gestattet wird. Dabei lehnt Jäger (eodem pg. 673) Konstruktionen, wie die Duplizität des Eigentums, oder Unterscheidungen, wie die eines «formellen» und eines «materiellen» Eigentums ausdrücklich ab.

122) So Fritz Goltz, das fiduziarische Rechtsgeschäft, pg. 85 ff, Lothar Seuffert, das deutsche Konkursprozessrecht, pg. 91, Anm. 10, v. Tuhr, der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes, II. Bd., 2. Halbband, pg. 200.

123) Vergl. Bartsch und Pollack, Konkursordnung und Ausgleichsordnung, I. Bd., Wien 1916, pg. 105.

124) Vergl. Bartsch und Pollack, eodem, pg. 112 und Rintelen, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechtes, München, Leipzig 1915, pg. 237.

125) in zitierter Fassung bestehend seit der Revision der OEKO v. 1. Januar 1915.

als Buchforderungseskomptstellen, gewöhnlich die mächtigsten Gläubiger der kleinen Kaufleute, in den Gläubigerversammlungen trotz voller Deckung durch die fiduziarisch zedierten Buchforderungen es verstanden, ihre Forderungen im ganzen Betrage als Konkursforderungen in Geltung zu bringen. Durch den neuen § 10 OEKO wurden aus diesem Grunde solche Gläubiger den Absonderungsgläubigern gleichgestellt, d. h. diese müssen sich nun in erster Linie an ihre Sicherungen halten und haben nur für den Ausfall eine Forderung im Konkurse des Zedenten.[126]) Nach § 120 Abs. 1 OEKO kann die Masse gegen Bezahlung der Aussenstände den Pfandgegenstand vom Aussonderungsgläubiger zurückfordern. Nun wird behauptet, mit der Bestimmung in § 10 OEKO sei die fiduziarische Sicherung auf der ganzen Linie mit der gewöhnlichen Pfandsicherung gleichgestellt worden. Treugut könne allgemein durch die Masse vom Absonderungsgläubiger dinglich zurückgefordert werden, wenn die Masse die Forderung desselben begleiche. Ja, aus § 10 OEKO gehe hervor, dass der Rückgabeanspruch bei der Fiduzia überhaupt durchwegs ein dinglicher sei oder wenigstens wie ein dinglicher wirke.[127])

Diese Argumentation wird meines Erachtens mit Recht von andern Autoren nicht gebilligt. Mit der Regelung in § 10 wollte man einzig bewirken, dass die durch Treugut gesicherten Gläubiger sich zuerst an dasselbe halten sollen. Mit keinem Worte ist im erwähnten Paragraph bestimmt, dass über diese Regelung hinaus das Treuhandgeschäft dahingehend normiert sein soll, dass der Rückgabeanspruch des Fiduzianten allgemein ein dinglicher sei.[128])

Es bleibt daher auch im österreichischen Rechte bei der Tatsache, dass die Aussonderung von Treugut nicht kraft einer speziellen Norm, sondern nur durch die Praxis sich Geltung verschafft hat.

III. Der Einfluss des englischen Rechtes.

Das englische Recht gestattet die Aussonderung von Treugut. Auf diese Tatsache wurde in der deutschen Literatur schon um die Mitte des verflossenen Jahrhunderts hingewiesen, und die diesbezügliche Aussonderungsregelung eingehend bekannt gemacht.[129])

Nach englischer Auffassung hat der Treugeber ein dingliches Recht am Treugut, welches nicht nur beim Treubruch des Treuhänders, sondern auch im Konkurse desselben sich auswirkt. Die

126) Vergl. Bartsch und Pollack, oben erwähnt, pg. 110, Anm. 40.
127) So Rintelen, oben erwähnt, pg. 279.
128) Bartsch und Pollack, oben erwähnt, pg. 104. Dort wird ausdrücklich betont, dass § 10 Abs. 1 OEKO nur einen Spezialfall regelt.
129) Vergl. z. B. Güterbock, der Konkurs nach englischem Rechte, in Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht v. Goldschmidt, II. Bd., 1859, pg. 34 ff.

Aussonderung von Treugut gestattet das englische Recht seit jeher. Im Bankruptcy Act vom Jahre 1914 ist dies dann ausdrücklich gesetzlich geregelt worden.[130]) Kommt der Treuhänder in Konkurs, so wird er eo ipso ungeeignet, «unfit person», das Treugut zu verwalten, und der Treugeber kann die Abberufung, «removal», desselben verlangen.[131])

Das englische Aussonderungsrecht hat im allgemeinen schärfere Vorschriften als alle kontinentalen Rechte. Nach diesem können nämlich Mobilien, welche im Einverständnis und mit Erlaubnis des Eigentümers zur Zeit des Konkursausbruches vom Gemeinschuldner derart besessen wurden, dass er Dritten gegenüber als Eigentümer erscheint, in der Regel nicht ausgesondert werden. Dies wird bestimmt durch die Norm des sogenannten «reputed ownership», d. h. durch die Regelung, dass das Eigentum solchenfalls als dem Kridar zukommend betrachtet wird.[132])

Trotzdem nun der englische Treuhänder Eigentum (legal ownership) am Treugut hat, ja namentlich beim «secret trust» wie ein unbelasteter Eigentümer über das Treugut schaltet und waltet, findet die oben erwähnte Norm auf das Treuhandgeschäft keine Anwendung.[133])

Das englische Billigkeitsrecht, welches die Aussonderung von Treugut gestattet, hat zweifellos die deutsche Praxis beeinflusst, trotzdem im Treuhandrechte der beiden Rechtsgebiete wesentliche Unterschiede bestehen. Bei der englischen Treuhand haben wir ein Rechtsinstitut vor uns, das sich seit Jahrhunderten zu den mannigfaltigsten Rechtsbehelfen beständig und in reicher und weiser Praxis entwickelt hat. Das englische Recht kennt u. a. auch die Institutionen des öffentlichen Treuhänders, dessen Rechte und Pflichten durch Gesetze genau geregelt sind.[134]) Das germanische Treuhandrecht hat sich im englischen Rechte nicht nur erhalten, sondern auch kräftig und lebendig weiterentwickelt. Im deutschen Rechte dagegen hat die germanische Treuhand einigen gesetzlich geregelten Instituten des Familienrechtes und Erbrechtes, vielleicht auch des öffentlichen Rechtes Platz gemacht. Diese Institute haben mit dem ursprünglichen Rechte da und dort Gemeinsames. Daneben hat sich mehr in der deutschen Doktrin als in der Praxis nach dem Vorbild der Fiduzia im römischen Rechte ein neues Treuhand-

130) Williams, Godefroi on the law of trusts an trustees, pg. 37: «Property held by the bankrupt on trust for any other person is, by sect. 38 (1) of the Bankruptcy Act, 1914, expressly excluded from the property of the bankrupt divisible amongst his creditors.«

131) Vergl. Williams, eodem.

132) 21 Jac. I, c. 19 — und 12 und 13 Vict. c. 106 s 125, Bankruptcy act 1914 sect. 2. Ueber die Anwendung der Regel des «reputed ownership» besteht eine reiche Judikatur. Die Norm des «reputed ownership» ist ein mit feinem juristischen Takt ausgebildetes Institut zum Schutze der Gläubiger.

133) Vergl. Williams, eodem, pg. 37 und 38 und die dort angeführte Judikatur.

134) Public Trustee act 1906, 6 Edw. 7. c, 55, public trustee rules, 1912, 15 april.

recht herrschende Geltung verschafft: die fiduziarische Begebung des Vollrechtes mit bloss schuldrechtlicher Rückforderungsmöglichkeit. Merkwürdigerweise wird nach deutscher Praxis die Aussonderung von solchem Treugut gestattet, trotzdem der rechtliche Aufbau des entsprechenden Treuhandgeschäftes dies nicht zulassen würde. Ob diese Weiterentwicklung im Sinne des germanischen resp. englischen Rechtes noch weiter schreiten wird, kann nur die Zukunft zeigen. Das praktische Bedürfnis wird hier ausschlaggebend sein.

IV. Nach schweizerischer Literatur und Praxis wo die Aussonderung von Treugut nicht gestattet wird.

1. Geschichtliches.

Die germanische Auffassung des Treuhandgeschäftes scheint in der Schweiz bis ins 19. Jahrhundert hinein Nachwirkungen gehabt zu haben.

Im zürcherischen Stadt- und Landrecht, welches ein eigentümliches, vom römischen resp. gemeinen Rechte unbeeinflusstes Konkursrecht aufwies, treffen wir eine Verordnung vom Jahre 1594, nach welcher Ersatzforderungen für Treuhandgut und notwendigerweise anvertrautes Vogtgut als privilegierte Konkursforderungen kolloziert wurden.[135]) Es wird daher die Schlussfolgerung gemacht werden dürfen, dass in natura vorhandenes Treuhandgut ausgesondert werden konnte.

Segesser[136]) kommt zur Ueberzeugung, dass im luzernischen Konkursrecht des 15. und 16. Jahrhunderts hinsichtlich der Ansprüche an die Konkursmasse zwischen Vindikation und Konkursforderung die richtige Unterscheidung gemacht wurde. Nach dem luzernischen Stadtrechte vom Jahre 1706 kollozieren die Ansprachen der Waisenkinder, Kirchen, Spitäler, Bruderschaften und Stiftungen für fahrendes Gut, das vom Konkursiten verwaltet wurde, in privilegierter Klasse. Auch hier ist anzunehmen, dass liegendes Treugut auf jeden Fall ausgesondert werden konnte.[137])

Nach dem Konkursgesetz von Baselstadt vom Jahre 1852, § 20, figurieren «Forderungen für dem Failliten zu treuen Handen hinterlegtes, als Depositum oder zur Verwaltung anvertrautes Gut» in privilegierter Klasse, ebenso «Forderungen für Vermögenswerte, welche der Faillit durch Testament, Uebereinkunft etc. zu gemeinnützigen Zwecken hätte verbrauchen oder verteilen sollen».

---

135) Siehe bei Friedrich v. Wyss, Geschichte des Konkursprozesses der Stadt und der Landschaft Zürich bis zum Erlasse des Stadt- und Landrechtes vom Jahre 1715, Zürich 1845.

136) Siehe Anton Philipp Segesser, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, Luzern 1852, II. Bd., 8. Buch, pg. 582 und 591.

137) Vergl. Segesser eodem, pg. 154 ff, Bd. IV, 14. Buch.

Wenn auch nach obigem das dingliche Rückforderungsrecht des Treugebers nicht direkt erwiesen ist, so muss doch zum mindesten die erwähnte Privilegierung der Treugutansprachen als ein Nachklang des germanischen Teuhandrechtes gedeutet werden.

2. Geltendes Recht.

Die herrschende schweizerische Doktrin und auch die Praxis lassen die Aussonderung von Treugut im Konkurse des Treugebers nicht zu, da der Fiduziant nur ein obligatorisches Rückforderungsrecht habe, welches im Konkurse des Fiduziars bloss eine gewöhnliche Konkursforderung sein könne.[138]) Die Opposition gegenüber dieser Auffassung ist keine grosse. W. Stauffacher[139]) meint, Art. 201 SCHKG, welcher die Aussonderung von fiduziarisch übertragenen Wertpapieren zulasse, sei nur der Ausfluss eines allgemeinen, ungeschriebenen Rechtssatzes im Konkursrechte, wonach alle fiduziarisch begebenen Werte im Konkurse des Fiduziars ausgesondert werden könnten. Stauffacher kann sich dabei wohl auf die deutsche Praxis, nicht aber auf eine dahingehende schweizerische Rechtsüberzeugung stützen. C. Jaeger[140]) verwirft denn auch die Ansicht Stauffachers, wonach gemäss schweizerischem Rechte fiduziarisch tradierte Werte allgemein ausgesondert werden könnten, indem er ausdrücklich darauf hinweist, dass weder in der schweizerischen Doktrin noch in der Praxis ein derartiger, umfassender Rechtssatz anerkannt werde. Blumenstein[141]) bemerkt, dass Art. 201 SCHKG als Ausnahmebestimmung nicht extensiv interpretiert werden dürfe. Auch das Bundesgericht lehnt eine analoge Anwendung der Art. 201, 202 und 203 SCHKG ab und lässt insbesondere keine Aussonderung von fiduziarisch begebenen Werten im allgemeinen zu.[142])

Diese überwiegende Ablehnung der allgemeinen Aussonderung von fiduziarisch übertragenen Werten findet Aeby[143]) als dem richtigen Rechte konform, indem er argumentiert, der Fiduziant verfolge durch das Mittel des fiduziarischen Rechtsgeschäftes gewisse Vorteile, welche natürlicherweise auch rechtliche Nachteile involvieren. C. Jaeger[144]) meint dagegen, dass ausser bei Art. 201 SCHKG auch in anderen Fällen eine Aussonderung von nur «for-

138) So Leo Gerstle, das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Rechte, pg. 43, ferner Aeby, l'acte fiduciaire ... pg. 192 ff, Jean Reymond, Contribution à l'étude de la revendication en matière de faillite, pg. 70 ff.

139) Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurs des Fiduziars, pg. 96.

140) C. Jaeger, Kommentar zum SCHKG zu Art. 197, Note 4, C. e. und zu Art. 201 SCHKG, Note 3.

141) Handbuch des Schuldbetreibungsrechtes, pg. 636.

142) Vergl. BGE 39 II, No. 136, contra: Blätter für zürcherische Rechtssprechung, neue Folge, Bd. V, pg. 184.

143) L'acte fiduciaire ... pg. 192 ff.

144) Kommentar zum SCHKG, zu Art. 201, Note 3, in fine.

mell» ins Eigentum des Kridars übergegangenen Gegenständen als billig und gerecht erscheine, wobei aber hierin nur auf dem Wege der Gesetzgebung geholfen werden könne.

Die Untersuchungen und Erwägungen in den drei behandelten Kapiteln haben uns folgende Erkenntnis vermittelt: Entgegen der geschichtlichen Entwicklung der behandelten Norm als einer materiellrechtlichen hat sich in unserem Rechte deren Auffassung als eine konkursrechtliche herrschende Geltung verschafft. Auch der von der Doktrin und Praxis dem Art. 201 SCHKG speziell gegebene neue Inhalt wird überwiegend anerkannt. Da fiduziarisch tradierte Wertpapiere nach heutiger Auffassung von der Fiduzia nicht ausgesondert werden können, ist der Gedanke, wonach gerade Art. 201 SCHKG als Ausnahmebestimmung dies gestatte, ziemlich naheliegend. Dies ist umso mehr der Fall, als die deutsche Rechtsidee, dass Treugut allgemein aussonderungsfähig ist, in der schweizerischen Doktrin und Praxis mit Nachdruck abgelehnt wird. Dazu kommt, dass der Artikel durch die neue Interpretation als existenzberechtigt erscheint.

Die neue Interpretation wäre also an und für sich juristisch möglich und denkbar. Es wäre jedoch verfehlt, vorliegende kritische Untersuchung mit dieser Feststellung abzuschliessen und dieser Auslegung ohne weiteres zuzustimmen. Es drängt sich im Gegenteil die Frage auf, ob die neue Interpretation, welche sich in Gegensatz stellt zur geschichtlichen Entwicklung der Norm, einem praktischen Bedürfnis entspricht. Wir kommen zu einer entschiedenen Verneinung dieser Frage. Die Gründe hierzu werden im folgenden und zugleich abschliessenden Kapitel angeführt.

IV. KAPITEL.

Die Überspannung der Fiduzia im Wertpapierrechte.

Wir haben oben (Kapitel II, § 3, Ziff. I) erwähnt, wie die eine unrichtige Ansicht das Indossament als einen abstrakten Formalakt auffasst, wobei mit der blossen Niederschrift des Uebertragungsvermerkes auf dem Wertpapier eo ipso das Eigentum an diesem an den Indossatar übergehe. Diese Ansicht hängt mit der Kreationstheorie zusammen, nach welcher das Wertpapier überhaupt einseitig vom Aussteller geschaffen, kreiert wird.. Es genügt hier, festzustellen, dass obige Auffassung vom Indossament überwiegend abgelehnt wird, indem nach herrschender Lehre zur Begebung eines Wertpapiers ein Vertrag nötig ist.[145])

Eine andere Richtung unterscheidet zwischen dem simulierten und dem gewollten Indossament. Letzteres übertrage, verbunden mit der Uebergabe des Wertpapiers, in logischer und rechtlicher Folge das Eigentum, weil das Indossament die hergebrachte Form der Eigentumsübertragung sei. Wo die Parteien nicht ausdrücklich oder wenigstens konkludent trotz der Setzung eines Vollindossamentes einen Eigentumsübergang n i c h t wollen, soll nach dieser Ansicht das Eigentum am Wertpapier auf den Indossatar übergehen. Eine andere rechtliche Möglichkeit gebe es nicht. Das gelte auch für die Tatbestände der Vollindossierung von Wertpapieren zu Inkasso- oder Sicherungszwecken.[146])

Diese Auffassung des Indossamentes hat nun zur Folge, dass speziell bei den genannten Tatbeständen des Inkassoauftrages oder der Sicherung in der Regel fiduziarischer Eigentumsübergang als gewollt angenommen wird, indem die Parteien bei solchen Vollindossierungen gewöhnlich keine Veranlassung nehmen, ihren Willen darüber, ob Eigentum übergehen solle oder nicht, in einer Abmachung zu präzisieren oder konkludent kundzutun. Um das Verfehlte dieser Auffassung darzulegen, müssen wir zu einer eingehenden Darstellung des berührten Problemes ausholen.

145) Vergl. die Ausführungen sub Fussnote 97 und die dort verzeichnete Literatur.
146) So Oppenheimer, die fiduziarische Eigentumsübertragung, pg. 32, ferner Fritz Goltz, das fiduziarische Rechtsgeschäft, pg. 81.

§1. Die Bevorzugung der Vollindossierung vor dem Verpfändungs- oder Prokuravermerk und deren Gründe.

Nach Art. 735 OR und § 17 DWO geht der mit der Prokuraklausel versehene Wechsel nicht in das Eigentum des Prokuraindossatars über. Nach den gleichen Bestimmungen darf ein solcher Prokurawechsel wohl mit einem Prokuraindossament, nicht aber mit einem Vollindossament weitergegeben werden. Diese Regelung hat den Vorteil, dass sie dem Indossanten eine möglichst gesicherte Rechtsstellung gibt, involviert aber zugleich den Nachteil, dass die Begebbarkeit des Papiers eine sehr beschränkte ist, wobei die vorsichtige Indossierung nach aussen manifest wird. Vornehmlich wegen dieser Nachteile wird im Verkehrsleben das Prokuraindossament wenn immer möglich, vermieden. Man will ohne Not dem Wertpapier die unbeschränkte Verkehrsfähigkeit nicht nehmen, dies aus dem einfachen Grunde, weil so die optimale Möglichkeit gewahrt wird, prompt zu dem Gegenwerte für das hingegebene Papier zu kommen. Dieser Wert lässt sich nämlich leichter durch die Weiterbegebung als durch das Inkasso effektuieren. Man will ferner gegenüber dem Geschäftsfreunde nicht misstrauisch erscheinen durch Setzung eines Prokuraindossamentes. Es wird im Gegenteil absichtlich das Vollindossament gesetzt, damit der Indossatar möglichst selbständig auftreten kann, wenn auch der Gegenwert des Wertpapiers ihm nicht zukommen soll. Dies tut man im Bewusstsein der subtilen Regungen des Kredites, um dem Geschäftsfreunde zu nützen oder ihm wenigstens nicht zu schaden. Die Vollindossierung zu Inkassozwecken ist also auch ein Erfordernis der Geschäftskulanz.[147])

Auch bei der Verpfändung von Ordrepapieren wäre ein Verpfändungsvermerk auf dem Wertpapier rechtlich möglich und wegen der grösseren Sicherung der Rechte des Indossanten für diesen vorteilhaft. In diesem Falle aber hat der Pfandgläubiger gegenüber dem Schuldner aus dem Wertpapier kein selbständiges Recht auf Ausübung des Forderungsrechtes. (Art. 906 ZGB, § 1281 BGB.) Soll der Schuldner aus dem Papier liberierend an den Pfandgläubiger zahlen können, so muss der Verpfänder dazu seine Einwilligung geben. Auch die Weiterindossierung wird durch ein Pfandvermerk verunmöglicht. Aus diesen Gründen wird eine Vollindossierung bei der Verpfändung von Wertpapieren den andern Pfandbestellungsformen vorgezogen. Es liegt dies vornehmlich im Interesse des Pfandgläubigers, dessen Willen beim Verpfändungsgeschäft natürlicherweise präponderiert. Der Pfandgeber zieht indessen in der Regel selber auch die Vollindossierung dem nach aussen offenbar werdenden Pfändungsvermerk vor. So kommt es, dass im

147) Vergl. Adrian von Arx, das Prokuraindossament nach Art. 17 der allgemeinen deutschen Wechselordnung, pg. 5.

Verkehrsleben bei der Verpfändung von Ordrepapieren fast durchwegs das Vollindossament gesetzt wird.

Die Verabredung der Verpfändung oder der Uebertragung zum Inkasso wird im Geschäftsverkehr durch Begleitschreiben schriftlich bestätigt. Damit wäre für das Innenverhältnis eine klare Rechtslage geschaffen, wenn man wüsste, welche Rechtswirkung die Vollindossierung in solchen Fällen hätte. Diese Frage wird unter dem folgenden Paragraphen erörtert.

§ 2. Der Gebrauch des Vollindossamentes bei Verpfändungen und Inkassoaufträgen in einer neuen, weiteren Bedeutung und die Berücksichtigung dieser Erscheinung im positiven Rechte.

Sowohl das schweizerische (Art. 901 ZGB, Art. 214a OR) als das deutsche Recht (§ 1292 BGB) sehen bei der Verpfändung von Wertpapieren ausdrücklich die Möglichkeit der Vollindossierung vor. Die Regelung im schweizerischen Rechte lässt hierüber keinen Zweifel aufkommen, Art. 901 ZGB ist eingereiht in dem 23. Titel des Zivilgesetzbuches, welcher vom Fahrnispfand handelt; die Bestimmung figuriert dort unter dem zweiten Abschnitte, wo das Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten geregelt ist. Der zitierte Artikel normiert in Absatz 1, dass zur Verpfändung von Inhaberpapieren die blosse Uebergabe an den Pfandgläubiger genügt, wogegen bei anderen Wertpapieren (Ordre- und Namenpapieren) die Uebergabe in Verbindung mit einem Indossament oder mit einer Abtretungserklärung erforderlich ist. Ein besonderer Verpfändungsvermerk ist also nicht gefordert, und dennoch ist die Rechtswirkung trotz des Vollindossamentes resp. der Abtretungserklärung, wie aus der Stellung des Art. 901 ZGB im System des Zivilgesetzbuches und aus dem Wortlaute des Artikels hervorgeht, in solchem Falle nicht etwa Eigentumsübergang sondern eben nur Verpfändung. Ganz deutlich sagt dies auch § 1292 BGB: «Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines andern Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers (d. h. des Gläubigers aus dem Wertpapier) und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossierten Papiers». Trotz des Vollindossamentes geht in diesen Fällen nach gesetzlicher Regelung das Eigentum nicht auf den Indossatar oder Pfandgläubiger über.

Das Vollindossament dient also offensichtlich noch zu andern Zwecken als zur Eigentumsübertragung. Es ist auch eine der gesetzlich zugelassenen Formen zur Vornahme einer rechtsgültigen Verpfändung von Ordrepapieren. Und gestattet wurde die Form der Vollindossierung, weil sie sehr bequem und beliebt ist im Verkehre, wie vorgehend dargelegt wurde. Ausser der Verpfändung bewirkt das Vollindossament solchenfalls die Legitimierung des Pfandgläubigers gegenüber dem Schuldner aus dem Wertpapier

oder gegenüber dem Dritten bei einer allfälligen Weiterindossierung. Diese Legitimation hat zur Folge, dass der Pfandgläubiger als berechtigt erscheint, die Forderung aus dem Papier geltend zu machen oder das Wertpapier weiterzubegeben. Ob der Pfandgläubiger wirklich das Einzugs- od. Weiterindossierungsrecht hat, ergibt sich aus den innern Abmachungen, welche im Geschäftsverkehr schriftlich bestätigt werden. Sollte der Indossatar nicht dazu berechtigt sein, so schadet es weder dem Zweitindossatar bei einer Weiterbegebung noch dem Schuldner beim Inkasso durch den Nichtberechtigten. Sowohl der gutgläubige Schuldner als der gutgläubige Indossatar dürfen sich auf die Legitimation verlassen.

Fraglich ist nun, ob der Pfandgläubiger speziell das Inkasso in eigenem Namen besorgen darf. Da ist einmal festzustellen, dass im Geschäftsverkehre der Indossatar, wenn er auch blosser Pfandgläubiger ist, sich auf seine Legitimation stützen kann. In weitaus den meisten Inkassofällen wird vom Schuldner aus dem Wertpapier keine Veranlassung genommen, nach dem inneren Verhältnis zwischen Indossant und Indossatar zu fragen. Und auch der Pfandgläubiger hat in der Regel keinen Grund, die inneren Abmachungen zu nennen. Die Legitimation durch das Vollindossament g e n ü g t eben meistens für den Verkehr zwischen dem Indossatar und dem Schuldner aus dem Wertpapier. Dabei darf nicht vergessen werden, dass der Pfandgläubiger, wenn er auch zum Inkasso bevollmächtigt ist und im eigenen Interesse handelt, über eine dem Indossanten zustehende Forderung verfügt. Er ist daher in logischer Folge zur Aufdeckung des Innenverhältnisses immer dann verpflichtet, wenn der Schuldner ein rechtliches Interesse daran hat. Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn dem Schuldner gegenüber dem wahren Gläubiger Einreden zustehen.[148]) Trifft dies nicht zu, so kann sich der Pfandgläubiger gegenüber dem Schuldner aus dem Wertpapier sogar als Eigentümer ausgeben, ohne einen rechtlichen Nachteil zu riskieren, weil der Schuldner auch bei einer Zahlung dadurch nicht im geringsten geschädigt ist. Anders liegen jedoch die Verhältnisse beim klageweisen Einzuge einer Forderung aus dem Wertpapier. Hier kann der Pfandgläubiger zu Recht nur als Parteivertreter auftreten. Es wurde oben (im II. Kapitel, § 3, Ziff. 1) dargelegt, dass die Geltendmachung eines fremden Rechtes im e i g e n e n Namen nur in gesetzlich besonders statuierten Ausnahmefällen möglich ist. (Vergl. auch die Ausführungen sub Fussnote 90.) Klagt der Pfandgläubiger im eigenen Namen, so muss er die Klageabweisung gewärtigen, wenn es offenbar wird, dass er ein fremdes Recht geltend macht. Dies ist die unweigerliche Folge des Prozessrech-

148) Inwieweit dem Schuldner Einreden gegenüber dem wahren Gläubiger zustehen, ist hier nicht zu untersuchen. Bezügl. der Wirkungen der Verpfändung eines Ordrepapieres auf die Einreden des Schuldners vergl. v. Hospenthal, die Wirkungen des Indossamentes, pg. 64 ff.

tes.[149]) Die Parteianschreibung mit dem Namen des Pfandschuldners und Indossanten als Kläger und mit demjenigen des Pfandgläubigers und Indossatars als Vertreter desselben ist natürlich möglich. Entgegen dem äusseren Schein des Vollindossamentes kann der Beweis erbracht werden, dass der Indossant Eigentümer und der Indossatar eben nur Pfandgläubiger und Vertreter des Indossanten ist. Es wird behauptet, dass der Pfandgläubiger und Vollindossatar nicht als Vertreter legitimiert sei. Diese Einziehungsbefugnis müsse mit erkünstelten Konstruktionen gestützt werden.[150]) Dies ist unrichtig. Wenn nach Art. 901 ZGB resp. nach § 1292 BGB die Verpfändung eines Ordrepapieres vermittelst Vollindossierung zulässig ist — und dies glauben wir vorgehend genügend dargelegt zu haben — darf in logischer und rechtlicher Folge der Pfandgläubiger trotz des Vollindossamentes auch als Pfandgläubiger und Vertreter des Indossanten einziehen oder einklagen. Als sehr gewagt erscheint vielmehr die Annahme, dass die Vollindossierung bei Verpfändungen dem Indossatar die Befugnis vermittle, in eignem Namen einzuklagen.[151]) Eine solche Befugnis geht weder aus Art. 901 ZGB noch aus § 1292 BGB hervor. Sowohl die Stellung als der Wortlaut dieser Bestimmungen sprechen für eine blosse Verpfändung trotz Vollindossierung. Die weitergehende Befugnis müsste gesetzlich besonders statuiert sein.

Nachdem wir nun den rechtlichen Charakter des Vollindossamentes bei Verpfändungsgeschäften erkannt haben, drängt sich die Frage auf, ob irgend eine Veranlassung vorliege, den Tatbestand der Vollindossierung von Ordrepapieren zu Sicherstellungszwecken a priori als fiduziarische Eigentumsübertragung zu deuten. Diese Frage stellen, heisst sie verneinen. Solange die Parteien nicht etwas anderes, weitergehendes abgemacht haben, bewirkt solchenfalls die Vollindossierung nach Art. 901 ZGB resp. § 1292 BGB Pfandbestellung und nicht Eigentumsübergabe, also auch keine fiduziarische Uebereignung zu Eigentum. Es ist nicht angängig, von vorneherein ein Rechtsgeschäft d. h. dasjenige der Eigentumsbegebung als vorhanden anzunehmen, wo das weniger weitgehende möglich ist und nach den Tatumständen dem Parteiwillen gerecht wird. So die herrschende Meinung.[152]) Die Stellung des mit Vollindossament legitimierten Pfandgläubigers ist, wie wir gesehen haben, so günstig, dass eine Eigentumsbegebung zur Sicherung für den Indossanten

149) Der Kläger kann in solchem Falle nicht den Prozess als Pfandgläubiger weiterführen. Dies wäre eine unzulässige Klageänderung. Vergl. § 268 der deutschen Zivilprozessordnung.

150) So v. Hospenthal, die Wirkungen des Indossamentes, pg. 62.

151) Letztere Ansicht vertritt mit Nachdruck v. Hospenthal, eodem, pg. 60 ff, gestützt auf eine entsprechende Theorie Jacobis, die Wertpapiere, in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechtes, IV. Bd., pg. 184 ff.

152) Vergl. Wieland, Kommentar zum Sachenrecht zu Art. 901 ZGB, pg. 474, Ziff. 3 a.

nur Nachteile und für den Indossatar in der Regel keine wesentlichen Vorteile zur Folge hat.

Ist nun auch bei Inkassoaufträgen eine Vollindossierung ohne Eigentumsbegebung möglich?

Diese Frage wurde lange Zeit mehrheitlich verneint. «Eine Vollmachtserteilung mit der Massgabe, dass der Bevollmächtigte nach aussen als Berechtigter erscheinen soll, ist ein Widerspruch in sich selbst», argumentiert Staub.[153]) Man hielt es für ausgeschlossen, dass das Vollindossament zu irgend einem andern Zwecke als zur Eigentumsübertragung ernstlich gewollt sein könne. Ein solches Indossament beim blossen Inkassoauftrag wurde als Simulation betrachtet. Würde z. B. ein Wechselindossatar sein blosses Vertretungsverhältnis offenbaren, so müsste nach der Lehre dieser Richtung die Wechselklage abgewiesen werden, «da das Vollindossament ein Recht zur Klage im eigenen Namen, eine Vollmacht zur Klage in fremdem Namen aber nicht in sich schliesst».[154]) Das Vollindossament sei die Form der Eigentumsübertragung. Da eine gesetzliche Normierung bestehe, wonach beim Vorliegen eines Vollindossamentes der Eigentumsübergang an den Indossatar zu vermuten sei, (vergl. Art. 755 OR und § 36 DWO im Gegensatz zu Art. 735 OR und § 17 DWO) so sei «ein Vollindossament zum Inkassozweck, wenn man es als ernstlich gewollt und daher als gültig betrachte, streng genommen als fiduziarische Uebertragung aufzufassen».[155])

Das Verkehrsleben indessen hat sich nicht an diese strenge Auffassung des Vollindossamentes gehalten. Wie das Indossament im Anfange seiner Entstehung nur den Sinn und Zweck eines Prokuraindossamentes hatte und erst später zur Form der Eigentumsbegebung wurde, so hat es diesen nachherigen Charakter in der Folge wieder geändert resp. erweitert, indem es auch an Stelle des missliebigen Prokuraindossamentes gebraucht wurde und jetzt allgemein so angewandt wird.[156]) Die Gründe zu diesem weiteren Gebrauche des Vollindossamentes zu Inkassozwecken sind die gleichen oder ähnlichen wie diejenigen, welche zur Vollindossierung bei Verpfändungsgeschäften führen. Sie sind unter § 1 dieses Kapitels hinreichend dargelegt worden. Wir haben es beim Inkassovollindossament mit einer Erscheinung zu tun, welche sich mit den Verhältnissen beim Pfandvollindossament als analog erzeigt. Wenn nun das Gesetz, wie wir gesehen haben, bei der Verpfändung die Vollindossierung zulässt, so wird dies auch beim Inkassoauftrag angängig sein, und zwar so, dass auch hier das Vollindossament nicht

153) Staub, Kommentar zur DWO, zu Art. 17 DWO, § 8, Anm. 2.

154) So Richard Fuss, die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, pg. 134, ferner Bernstein, allgemeine deutsche und österreichische Wechselordnung, pg. 112, § 3. v. Canstein, Lehrbuch des Wechselrechtes, Berlin 1890, pg. 112.

155) Vergl. v. Tuhr, der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes, II. Bd., 2. Halbband, § 77, pg. 209.

156) So Adrian v. Arx, das Prokuraindossament nach Art. 17 DWO, pg. 5.

Eigentumsübergang, sondern blosse Legitimation impliziert. Diese Erkenntnis festigt sich, wenn wir bedenken, dass Art. 901 ZGB resp. § 1292 BGB eigentlich nicht nur für den Fall der Verpfändung, sondern allgemein zum Ausdruck bringen, dass das Gesetz in Anpassung an die Erfordernisse des Verkehrslebens den erweiterten Gebrauch des Vollindossamentes gestattet.

Es muss bemerkt werden, dass das Inkassovollindossament als blosse Legitimation nicht zur Klage im eigenen Namen berechtigt. Auch hier ist der Inkassoindossatar wie der Pfandgläubiger genötigt, das innere Rechtsverhältnis aufzudecken, wenn er nicht eine Klageabweisung riskieren will. Die Möglichkeit, offen als Vertreter des Indossanten aufzutreten, ist für den Inkassovollindossatar gegeben. Das Vollindossament ist in solchem Falle eben nur Ersatz für das Prokuraindossament, wie es Ersatz sein kann für das Indossament mit ausdrücklichem Verpfändungsvermerk. Wir haben gesehen, dass in letzterem Falle der Vollindossatar und Pfandgläubiger ohne Rechtsnachteil als Vertreter des Indossanten gegen den Schuldner aus dem Wertpapier klagend vorgehen kann. Es ist nun nicht einzusehen, warum das gleiche nicht auch bei der Vollindossierung zu Inkassozwecken möglich sein sollte. Dabei ist selbstverständlich, dass der Inkassovollindossatar die Einreden aus der Person des Indossanten vom Schuldner sich entgegenhalten lassen muss. Der Vollindossatar kann natürlich nicht besser gestellt sein als der durch förmliches Prokuraindossament legitimierte Inkassobeauftragte.

Aus den obigen Darlegungen dürfte erhellen, dass das im Verkehrsleben so beliebte Inkassovollindossament das Eigentum nicht auf den Indossatar überträgt. Ein fiduziarischer Eigentumsübergang ist folglich auch hier nicht zu vermuten. Die Parteien haben in der Regel gar keinen Grund, zu Inkassozwecken Eigentum zu übertragen. Der Eigentumsübergang hätte nur eine unnötige Erschwerung der Rechtsstellung des Indossanten zur Folge, während die blosse Legitimierung für den Indossatar vollauf genügt.[157]) Die Vorteile der fiduziarischen Eigentumsübertragung erscheinen übrigens sehr problematisch, wenn man bedenkt, dass es kaum ein taugliches Mittel sein kann, durch die fiduziarische Begebung des Papiers dem Schuldner aus demselben die Einreden gegen den Indossanten abzuschneiden.[158]) Eine fiduziarische Eigentumsübertragung wird nach der ganzen Sachlage also auch hier nicht etwa die Regel sondern die seltene Ausnahme sein.

157) So auch v. Tuhr, eodem, pg. 209, II. Bd., 2. Halbband, ferner E. Jäger, Kommentar zum DKO, § 43, pg. 674. Anm. 14, Gierke, deutsches Privatrecht, Bd. II, pg. 150, Anm. 38. Schon Völderndorff, Konkursordnung für das deutsche Reich, Erlangen 1879, pg. 376, weist darauf hin, dass bei Vollindossierungen zu Inkasso- oder Sicherungszwecken Eigentumsübergang an den Indossatar nicht zu vermuten sei.

158) Vergl. Bachmann, Zeller, Kommentar zum OR, pg. 318, zu Art. 735 OR.

§ 3. Die Legitimation bei den Inhaberpapieren durch den blossen Besitz und die weitgehende Beschränkung der Einreden des Schuldners aus dem Inhaberpapier.

Aus § 793 Abs. 1 BGB geht klar hervor, dass der Besitzer eines Inhaberpapieres vom gutgläubigen Dritten oder vom gutgläubigen Schuldner als verfügungsberechtigt betrachtet werden darf. Jeder zur Verfügung über die Urkunde berechtigte Inhaber kann die Leistung nach Massgabe des urkundlichen Versprechens zu Recht verlangen.[159]) In § 796 BGB wird des weiteren geregelt, dass der Schuldner aus dem Inhaberpapier ausser den Einreden, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder die sich aus der Urkunde ergeben, nur solche geltend machen kann, welche unmittelbar gegen den Inhaber gerichtet sind. Wenn also der Pfandgläubiger, Nutzniesser oder Inkassobeauftragte einzieht, sind dem Schuldner aus dem Inhaberpapier die Einreden gegen den Eigentümer abgeschnitten.

Gleich wie im deutschen Rechte legitimiert auch im schweizerischen Rechte der blosse Besitz des Inhaberpapieres den Innehabenden als Forderungsberechtigten (Art. 846 OR). Nach Art. 847 OR sind dem Schuldner aus dem Inhaberpapier nicht einmal die Einreden gegen den Inhaber gestattet. Gemäss diesem Artikel sind überhaupt nur solche Einreden zulässig, «welche gegen die Gültigkeit der Urkunde gerichtet sind oder aus der Urkunde selbst hervorgehen».

Aus dieser Gestaltung des Inhaberpapierrechtes ergibt sich, dass im Verkehrsleben der faktische Besitz des Inhaberpapieres den Einzug der darin verurkundeten Forderung ermöglicht resp. zur Weiterbegebung des Papieres legitimiert. Der Schuldner hat nur in Ausnahmefällen ein Interesse daran, zu untersuchen, wer der Eigentümer oder der Berechtigte am Papier ist. Beim Inhaberpapier kommt keine schriftliche Uebertragungsform in Betracht, es fällt also das Problem der Ersetzung der missliebigen Prokura- oder Pfandklausel durch ein Vollindossament hier ganz weg.

Wenn wir nun die Frage stellen nach dem Bedürfnis der fiduziarischen Uebertragung von Inhaberpapieren, so erzeigt sich aus den obigen Darlegungen, dass dieses Rechtsgeschäft bei den Inhaberpapieren zu Inkasso- oder Sicherungszwecken überhaupt nicht in Betracht kommt, da der Inkassobeauftragte oder der Pfandgläubiger hier im Geschäftsverkehre sowieso selbständig auftreten kann. Wir kommen folglich auch hier zum Resultate, dass eine fiduziarische Uebereignung von Inhaberpapieren nur dann anzunehmen ist, wenn feststeht, dass die Parteien diesen über den eigentlichen

159) Nach v. Tuhr, der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes, II. Bd., 2. Halbband, pg. 207, kann der Berechtigte ohne Eigentümer zu sein, in eigenem Namen die Forderung einklagen. Für das schweizerische Recht ist dies meines Erachtens zum mindesten fraglich. (Vergl. unsere Bemerkungen in Fussnote 102.)

Zweck des Inkasso- oder Verpfändungsgeschäftes herausgehenden Rechtserfolg gewollt haben. Auf jeden Fall ist bei diesen Geschäften ein fiduziarischer Eigentumsübergang keineswegs zu vermuten.[160])

§ 4. Der Kridar, in dem an ihn zur Deckung übergebenen Ordrepapier als Remittent bezeichnet.

Art. 201 SCHKG spricht von Inhaberpapieren oder Ordrepapieren, welche zu Deckungs- oder Inkassozwecken dem Gemeinschuldner übergeben oder indossiert worden sind.[161]) Man könnte zur Ansicht kommen, dass das Supinum: «übergeben» sich bloss auf die Inhaberpapiere beziehe, während der terminus: «indossiert» die Ordrepapiere berühre. In logischer Folge würde Art. 201 SCHKG nur von solchen Ordrepapieren handeln, welche dem Kridar durch Indossament übergeben worden wären. Damit wären aber ohne zwingenden Grund diejenigen Fälle vom Tatbestande des Art. 201 SCHKG ausgeschlossen, wo ein Ordrepapier dem Gemeinschuldner nicht durch Indossament, sondern durch unmittelbare Ausstellung als direkte Rimesse tradiert worden ist. Der französische Text sagt allgemein: «Les titres au porteur et valeurs à ordre «transférés» au failli . . .» Wir dürfen daher den Artikel nicht zu eng auslegen und müssen auch diejenigen Ordrepapiere darunter fassen, welche dem Kridar als direkte Rimessen begeben werden.

Es kommt häufig vor, dass eine Tratte oder ein Eigenwechsel ausgestellt wird, um den Wechselnehmer oder Remittenten für eine künftige Zahlung d. h. für eine gegenwärtige, aber erst später fällig werdende, oder für eine künftige Zahlungsverbindlichkeit des Ausstellers sicherzustellen oder um ihm einen wirksamen, wechselmässigen Anspruch zu geben.[162]) Können nun solche direkte Rimessen vom Aussteller oder Trassanten im Konkurse des Wechselnehmers prinzipiell ausgesondert werden; unter welchem Rechtstitel ist dies gegebenenfalls möglich? Um diese Frage lösen zu können, müssen wir uns Klarheit verschaffen über das Rechtsverhältnis, welches in solchen Fällen zwischen dem Aussteller und dem Wechselnehmer vorliegt.

Man nennt die zu erwähntem Zwecke ausgestellten Papiere Pfand-, Deckungs-, Kautions- oder Depotwechsel bezw. -papiere. Die Bezeichnungen sind also zahlreich, jedoch zum Teil allgemein gehalten oder dann unrichtig. Die Bezeichnung «Pfandwechsel» z. B. für eine zur Sicherung hingegebene direkte Rimesse (Tratte oder Eigenwechsel) darf offenbar nicht wörtlich aufgefasst werden. Es wäre in der Tat nicht ersichtlich, wie der Remittent an seiner

160) So v. Tuhr, eodem, pg. 208.
161) Der italienische Text des Art. 201 SCHKG lautet: «titoli al portatore o all' ordine a lui (al fallito) consegnati o girati . . .»
162) Zugleich erhält der Wechselnehmer einen negoziablen Wert.

Forderung gegenüber dem Aussteller resp. dem Bezogenen ein Pfandrecht haben könnte. Vielleicht wollen aber alle diese Ausdrücke sagen, dass diese Papiere in der Regel nicht von vorneherein ins Eigentum des Wechselnehmers übergehen sollen. Die Uebergabe eines Eigenwechsels oder einer Tratte an den Remittenten nicht zu Eigentum, sondern bloss zu Besitz ist natürlich möglich. Es entscheidet der Wille der Parteien, zu welchem Recht diese Papiere übergehen sollen. Nun liegt aber bei den vorliegenden Fällen die Schwierigkeit darin, dass die Parteien ihrem diesbezüglichen Willen gewöhnlich keinen klaren Ausdruck geben. In den Begleitschreiben steht beispielsweise bloss die Bemerkung, dass die Papiere als «Deckung» übergeben werden. Das Wertpapier selbst kann uns auch keinen Aufschluss geben. Es muss daher versucht werden, aus den Verumständungen zu schliessen, welchen Willen die Parteien beim erwähnten Deckungsgeschäft haben können.

Setzen wir den Fall, dass einem Geschäftsfreunde eine Kaufskommission übertragen und demselben vom Kommittenten zur Dekkung seiner künftigen Verpflichtung ein Eigenwechsel oder eine Tratte ausgestellt wurde.[163]) Es sei auch angenommen, dass es sich dabei nicht etwa um eine Vorleistung oder um eine Kreditierung, also von vorneherein um eine die Aussonderung ausschliessende Eigentumsübergabe handle. Dann ist der natürliche Gedankengang der Parteien der, dass der Wechselnehmer für den Fall, dass er den Kommissionskauf in der Folge wirklich getätigt hat und in die Lage gekommen ist, dem Kommittenten die Ware, wie vereinbart, zu übergeben, auch die Rechte aus dem Wechsel geltend machen könne. Der Deckungswechsel wird vielleicht nach Sicht fällig, unter Umständen aber ist die Fälligkeit auf ein bestimmtes Datum fixiert, weil die Parteien annehmen, bis zu diesem Tage könne der Auftrag ausgeführt sein. In beiden Fällen ist es aber die Meinung der Kontrahenten, dass der Wechselnehmer vor der Ausführung des Kommissionsgeschäftes aus dem Wechsel nicht Zahlung verlangen oder den Wechsel nicht veräussern dürfe, denn der Wechsel soll ja quasi nur «Pfand» sein für die künftige Verbindlichkeit des Kommittenten, welche Verpflichtung unter Umständen gar nicht existent wird.[164]) Alles dies kann jedoch nicht aus dem Wechsel herausgelesen werden und ist meistens auch in den Begleit- oder Bestätigungsschreiben nicht gesagt. Das abstrakte Schuldversprechen im

163) C. Jaeger, Kommentar zum SCHKG zu Art. 201, Note 5, führt unter anderem die Fälle an, wo die Uebergabe erfolgt als Deckung für einen auf den Remittenten gezogenen Wechsel oder als Sicherung für den Domiziliaten eines Wechsels.

164) Siehe bei Grogg, Rennefahrt, Steffen, Rechtskunde für Kaufleute, pg. 367: «Der Beklagte hat dem Kläger den Wechsel nur (!) zum Pfand, als Kautions- oder Depotwechsel übergeben, und die Bedingung (!) für die Geltendmachung des Wechsels — vielleicht Vertragsbruch seitens des Wechselschuldners — ist nicht eingetreten».

Eigenwechsel oder das Akzept bei der Tratte ist da und ist an und für sich rechtsgültig. Und doch soll der Wechselnehmer vorläufig noch kein Einzugs- oder Veräusserungsrecht haben. Es soll also irgendwie eine Suspensivwirkung Kraft haben. Da ist nur derjenige Schluss der naheste und natürlichste, dass eben die Hingabe des Wechsels unter einer Suspensivbedingung erfolgt ist. Der Remittent soll den Wechsel bis auf weiteres nur als «Pfand», als «Depot» innehaben und unter Umständen erst später Vollberechtigter d. h. Eigentümer des Wechsels werden.[165]) Wenn nun eine Verpflichtung des Wechselausstellers aus irgend einem Grunde nicht zustande kommt oder wenn der Aussteller z. B. seine Schuld durch Zahlung getilgt hat, so kann dieser den Depotwechsel dinglich zurückfordern. Eine Aussonderung von solchen Wertpapieren ist also prinzipiell möglich und zwar schon nach materiellem Rechte. Das ist die logische Schlussfolgerung, die man aus allen bei der Hingabe des Depotwechsels in Betracht kommenden Umständen ziehen muss.

Die Auffassung, dass beim behandelten Deckungsgeschäft der Uebereignungsvertrag ein bedingter ist, wurde seit jeher von verschiedenen Autoren mit Nachdruck vertreten. So heisst es in den Motiven über die preussische Norm der Wertpapieraussonderung, dass Schuldurkunden manchmal so ausgestellt sind, dass sie den Gemeinschuldner (als Indossatar oder Wechselnehmer) «schon als Eigentümer erscheinen lassen, während er dies doch erst bedingungsweise später werden oder überhaupt nur Bevollmächtigter sein sollte».[166]) Der preussische Autor Koch sagt über die gleiche Norm: Die Wertpapiere seien dem Kridar u. a. zu dem Zwecke übertragen worden, um ihn in die Lage zu bringen, «nach Erfüllung einer Bedingung (deren) Eigentümer zu werden».[167]) Schulthess[168]) versteht unter den Wertpapieren, welche nach Art. 201 SCHKG ausgesondert werden können, auch solche, die nur als Kaution dienen sollen, «also zur Rücknahme bestimmt waren.»

Als Hingabe unter einer auflösenden Bedingung fassen die erwähnte Deckung auf: Wibaux[169]) und Alfred Martin[170]). Der Umstand jedoch, dass der Remittent nach dem Willen der Parteien und in Anbetracht der Umstände die Rechte aus dem Wechsel erst nach Erfüllung seiner Leistung geltend machen darf, spricht gegen das Vorliegen einer Resolutivbedingung. Die auflösende Bedingung würde die sofortige Geltendmachung nicht hemmen, während die

165) Vergl. bei Bachmann, Zeller, Kommentar zum OR, zu Art. 811, pg. 409, Ziff. 6: «Die Bezeichnung eines Wechsels als Kautionswechsel, Depotwechsel usw. hat keine Einschränkung der wechselrechtlichen Verpflichtungen zur Folge, sondern sagt nur, aus welchem Anlass der Wechsel gegeben wurde, weist also auf das der Wechselhingabe zu Grunde liegende Geschäft zurück».

166) Siehe pg. 13 vorliegender Abhandlung .

167) Vergl. pg. 14 vorliegender Abhandlung.

168) Vergl. pg. 26, eodem.

169) Siehe Fussnote 17, oben.

170) Vergl. pg. 27 unserer Abhandlung.

Suspensivbedingung dies bekanntlich tut.[171]) Eine Resolutivbedingung ist also nicht anzunehmen, wenn nicht spezielle Umstände oder der ausdrücklich geoffenbarte Wille der Parteien dafür sprechen.

Der richtig verstandene Parteiwille geht beim behandelten Deckungsgeschäft meines Erachtens auf suspensiv bedingte Eigentumsübergabe. Die Konstruktion desselben als ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, wonach dem Wechselnehmer von vorneherein das Eigentum am Papier übertragen würde, wird der Sachlage nicht gerecht. Darnach könnte der Aussteller das Papier nicht dinglich zurückfordern, wenn der Remittent den Auftrag nicht ausführt oder nicht ausführen kann. Dies würde der Aussteller nicht verstehen, welcher darlegt, dass er den Wechsel nur als «Pfand», als Deckung begeben habe. Gegenüber der Klage aus dem Wechsel könnte er allerdings die Einrede erheben, der Wechselnehmer handle vertragwidrig oder dolos. Wenn es dem Remittenten aber einfällt, das Papier weiterzubegeben, hätte der Aussteller kein rechtliches Mittel, dies zu verhindern. Man könnte einwenden, dass eine Weiterbegebung eben gestattet sei, wenn der Aussteller auf dem Wertpapier nicht die Rektaklausel hinsetze. Dagegen ist zu sagen, dass trotzdem eine Weiterbegebung des Ordrepapiers nicht zulässig ist, solange der Remittent nicht Eigentümer desselben wird.

Die Konstruktion des Deckungsgeschäftes mit direkten Rimessen als suspensiv bedingte Eigentumsübergabe gibt jedem Kontrahenten in genügender Weise den im Zwecke des Geschäftes liegenden Interessens- und Rechtsschutz. Der Remittent kann seine Rechte aus dem Wechsel als Vollberechtigter geltend machen, sobald er seinen vertraglichen Pflichten nachgekommen ist, der Aussteller und Mandant kann trotz seiner bis zum Eigentumsübergang bestehenden dinglichen Rechte den Wechsel nur dann zurückfordern, wenn er nachweist, dass der Vertrag, welcher der Wechselbegebung zu Grunde lag, nicht mehr in Geltung ist, oder dass der Remittent seine Leistungen nicht machen kann bezw. binnen vertraglich gesetzter Frist nicht erfüllt hat, andernfalls kann der Mandatar die Rückgabe zu Recht verweigern. Die Annahme eines fiduziarischen Rechtsgeschäftes entspricht also nicht der Sachlage, indem es ohne Not die Rechtsstellung des Mandanten erschwert. Diese Konstruktion ist nur gerechtfertigt, wenn erwiesen ist, dass die Parteien, über den Zweck und die Interssenslage des Deckungsgeschäftes hinausgehend, die Fiduzia wirklich gewollt haben.

Die Ausstellung eines Eigenwechsels zu blossen Inkassozwekken ist nicht wohl denkbar, die Begebung einer Tratte als direkte Rimesse zum Inkasso stellt einen singulären Fall dar, welcher am besten pro casu auf seinen rechtlichen Inhalt geprüft wird.

171) So v. Tuhr, allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechtes, pg. 650 ff.

§ 5. Zusammenfassung der Ursachen, welche zur Ueberschätzung der Fiduzia im Wertpapierrechte führten.

Wir haben gesehen, dass je nach der rechtlichen Auffassung des Vollindossamentes die Fiduzia im Wertpapierrechte eine bedeutende Rechtserscheinung wäre oder dann nur eine äusserst bescheidene, mehr theoretische Rolle spielt. Die eine Hauptanschauung kennt einerseits ein eigentumsübertragendes Indossament, wozu auch das fiduziarische zählt, anderseits ein simuliertes und daher unter den Parteien und für bösgläubige Dritte gänzlich rechtsungültiges Indossament. Die andere Richtung betrachtet das Indossament als eine Form, die allgemein den Indossatar bis zum Gegenbeweise nach aussen als Eigentümer vermuten lässt, jedoch beim Vorliegen von speziellen Tatbeständen, wie bei der Verpfändung des Wertpapiers oder bei der Begebung desselben zum Inkasso, von den Parteien nur als Legitimation nach aussen gebraucht wird. Diese Legitimation kann nicht als Simulation abgetan werden, weil das Gesetz sich mit der in dem praktischen Verkehrsleben als Bedürfnis empfundenen blossen Legitimierung abgefunden hat. Es ist wohl zu beachten, dass auch nach der Auffassung der zweiten Richtung das Vollindossament bis zum Gegenbeweis für den Eigentumsübergang an den Indossatar spricht. Kann aber dargelegt werden, dass ein Rechtsgeschäft vorliegt, wo eigentlich kein Eigentumsübergang in Betracht kommt — wie bei der Verpfändung oder beim Inkassoauftrag — so ist nicht fiduziarischer Eigentumsübergang oder Simulation, sondern blosse Legitimation anzunehmen. Dieser Ansicht können wir uns anschliessen. Die Fiduzia hat meines Erachtens im Verkehre mit Wertpapieren, wenn auch eine theoretische Existenzberechtigung, doch nur eine untergeordnete praktische Bedeutung. Die Negoziabilität besonders der Inhaber- und Ordrepapiere und die Geltendmachung der Rechte aus denselben ist rechtlich derart erleichtert und im Verkehrsleben tatsächlich so frei und unbeschwert, dass die Fiduzia als rechtliches Hilfsmittel sich hier ausnimmt wie ein Schmiedhammer unter den Utensilien eines Feinmechanikers und in den seltensten Fällen gebraucht wird.

Desgleichen glauben wir nachgewiesen zu haben, dass die Konstruktion des Deckungsgeschäftes mit direkten Rimessen als Fiduzia viel zu schwerfällig ist und der Sachlage nicht entspricht.

Schlußfolgerungen

1. Die historische Entwicklung des Art. 201 SCHKG spricht für den materiellrechtlichen Charakter desselben.
2. Die Fassung in den Entwürfen und die parlamentarische Behandlung des Artikels vermögen nicht eine Aenderung dieses Charakters darzutun.
3. Sollte der Artikel kraft seiner Stellung und seiner endgültigen Redaktion trotzdem eine konkursrechtliche Spezialbestimmung sein, so hätte er nur dadurch Sinn und Bedeutung, dass er entgegen der allgemeinen Regel die Aussonderung von fiduziarisch übertragenen Inhaber- und Ordrepapieren gestattet.

   In solchem Falle ist jedoch gegen die Existenzberechtigung des Artikels einzuwenden: dass die fiduziarische Uebertragung von Ordre- und Inhaberpapieren, wenn sie auch theoretisch denkbar ist, im Verkehrsleben nur in seltenen Ausnahmefällen angewandt wird und auf keinen Fall zu vermuten ist bei der Vollindossierung oder Ausstellung bezw. Trassierung der genannten Wertpapiere zu Deckungs- oder Inkassozwecken.